

شرح مکاسب

جلد پنجم

علی محمدی خراسانی

شرح مکاسب

جلد پنجم

شرح بیع



تألیف: علی محمدی

علی محمدی خراسانی.
شرح مکاسب، علی محمدی خراسانی،.- قم: الامام الحسن بن علی علیه السلام، ۱۳۸۸.
۹ مجلد.
۵۷۶ص. ISBN 978 - 964 - 7686 - 17 - 4 (ج. ۵)
فهرستنویسی بر اساس اطلاعات فیپا.
کتابنامه: به صورت زیرنویس
۱. انصاری، مرتضی، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ق. شرح مکاسب استاد محمدی خراسانی. ۲. فقه شیعه. الف. انصاری، مرتضی،. مکاسب. شرح. ب. عنوان. ج. عنوان: مکاسب.

شناسنامهٔ کتاب



☐ نام کتاب: شرح مکاسب جلد ۵
☐ علی محمّدی خراسانی
☐ ناشر: الامام الحسن بن علی علیه السلام
☐ نوبت چاپ: دوم/ ۱۳۸۸
☐ تیراژ: ۲۰۰۰ نسخه
☐ قیمت: ۵۷۰۰ تومان
☐ چاپخانه: قلم
☐ صحافی: ممتاز

مرکز پخش:
۰۲۵۱-۷۷۵۲۹۲۳

بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

(مقبوض به عقد فاسد)

قوله: مسئلةٌ:

تا اینجا مباحث بخش اوّل «شرائط عقد» بیان شد.

در خاتمه مسئله ای را تحت عنوان: «مقبوض به عقد فاسد» عنوان می کنند که با فروعات هفتگانه اش تا اوّل بخش دوّم «شرائط متعاقدین» ادامه دارد، و قابل دقّت است:

بطور کلّی قبض و اقباضی که بدنبال عقد بیع انجام می پذیرد، از سه حال خارج نیست:

۱ـ قبض و اقباض بدنبال عقد صحیح و جامع جمیع شرائط و اجزاء، حاصل شود. چنین چیزی هم مشروعیّت دارد و هم موجب ملک متقابضین می گردد، و تمام آثار ملک برآن مترتّب می گردد.

۲ـ قبض و اقباض بدنبال عقد فاسد و فاقد برخی از اجزاء و شرائط، واقع شود، ولی مبتنی بربیع فاسد و بانیاً علیه نیست. بلکه قبض و اقباض همراه با قصد

تملیک جدید است. چنین چیزی معاطات است و مبسوطاً در تنبیه هشتم از مباحث معاطات حکمش بیان شد، که برمبنای مشهور مفیدِ اباحهٔ تصرّف است. و برمبنایِ محقّقین از متأخّرین، مفید ملک جایز است.

۳ـ قبض و اقباض بدنبال عقد فاسد، و با بناگذاری برآن انجام گیرد، یعنی در واقع معامله باطل بوده ولی طرفین در اثر اعتقاد به صحّت، خود را ملزم به پرادخت مال به دیگری می دانند. و با این نیّت می پردازند. محور مباحث این مسئله، دراین فرض است. فنقول:

آیا مالی را که مشتری به عقد فاسد از بایع دریافت می کند، و مقبوض به بیع فاسد است

[دو نکته:

۱ـ منظور شیخ از عقد فاسد یا خصوص عقدی است که به خاطر نداشتن برخی از شروط صیغه فاسد است. و یا مطلق عقد فاسد است چه از ناحیهٔ فقدانِ شرط العقد و یا شرائط عوضین و متعاقدین.

قرینهٔ احتمال اوّل: ذکر مسئله بدنبال شروط صیغه است. و قرینهٔ احتمال دوّم: عدم اختصاص حکم مسئله به عقد فاسد از ناحیهٔ شروط صیغه است.

۲ـ اینکه عنوان مسئله را قبض مشتری نسبت به مبیع قرار دادند برای آنست که در ناحیهٔ بایع معمولاً مالی که از مشتری دریافت می کند نقد رائج است و مشکلی ندارد. ولی در ناحیهٔ مشتری، مال مأخوذ کالا و جنس است و محور ضمان و متفرّعات آن همین عین و متاع است. و اگر جنس به جنس معامله شود، تمام این بحثها در ناحیهٔ بایع هم مطرح می شود.] چه حکم دارد؟

فعلاً در صدر مسئله به دو حکم از احکامِ آن اشاره می کنند و در ادامه احکام زیاد دیگری هم مطرح خواهد شد:

۱ـ مشتری متاعِ مقبوض را مالک نمی شود.
۲ـ ضامنِ کالای مأخوذ هم هست.

دلیل عدم ملک: ملکیّت علقهٔ خاصی است که حادث است. و هر حادثی سبب می طلبد، و اسبابِ مملکه در اسلام مضبوط است [از قبیل: صلح ـ هبه ـ وصیت ـ اجاره ـ بیع ـ نکاح نسبت به مهر و ...] و در مورد بحث فرض اینست که: هیچکدام از این اسباب وجود ندارد، مگر بیع که آنهم فاسد است پس سببی برای مالک شدنِ مبیع وجود ندارد.

(۱ـ ضمان)

وامّا ضمان: ابتدا ضمان را معنی می کنند: بالضمان ای کون تلفه علیه. مشتری ضامن است یعنی تلفِ مبیع از مال مشتری است. [وجه این تفسیر آنست که: ضمان در اسلام از جهتی دو نوع است:

۱ـ ضمان تنجیزی: آنست که ضمانت منجّز و حتمی شده و بالفعل انسان ضامن است. مانند: بدهکاری که مدّت بدهیِ او سررسیده و باید از عهده برآید و عوض را بپردازد. و مانند غاصبی که مال کسی را غصب کرده و نزد او تلف شده که هم اکنون باید تدارك کند و مثل یا قیمت را بپردازد.

۲ـ ضمان تعلیقی: آنست که بالفعل ضمانتی به عنوان حکم وضعی مطرح نیست. و صرفاً یک سلسله احکامِ تکلیفی از قبیل: وجوب حفظ، وجوب ردّ، حرمت امساك و تصرّف و... دارد، ولی بالقوّه و به صورتِ معلّق ضمانت هست. بدین معنی که: اگر تلف شد ضامن است و باید غرامت را بپردازد. مانند: غاصبی که هنوز عین مغصوبه در اختیار او است و تلف نشده وظیفه دارد آن را به صاحبان اصلی اش مسترد دارد، ولی اگر تلف شد، باید تدارك کند. و ما نحن فیه از این قسم است، یعنی فعلاً که مشتری عین مبیع را در اختیار دارد، موظّف به ردّ آن است. ولی اگر یک زمانی تلف شد ضامن است. حال، اینکه

فرمود: کون تلفه علیه، منظور همین ضمان تعلیقی است.]

سپس اشاره ای دارند به اینکه: ضمانت یکی از متفرّعاتِ گوناگونِ مقبوض به عقد فاسد است [و غیر از آن شش امر دیگر هم براین مبتنیَ و متفرعَ است که به ترتیب خواهدآمد.]

و سپس به ادلهٔ ضمان می پردازند: فعلاً به چهار دلیل متوسّل می شوند:

۱ـ **شهرت فتوائیّه**: این را با کلمهٔ «وهو المعروف» متعرّض می شوند.

۲ـ **اجماع منقول**: گروهی از بزرگان ادّعای اجماع کرده اند:

الف: شیخ طوسی در دو جا از کتاب مبسوط صریحاً ادّعای اجماع برضمان کرده است:

یکی در باب رهن[۱] و دیگری در باب بیع[۲].

ب: فقیه عصر خویش [منظور مرحوم کاشف الغطاء است که در عصر خود فقیه بی بدیل بوده و مدّعی بود که اگر روزی تمام فقه معدوم شود، قدرت دارد یک دوره فقه استدلالی بنویسد.]

هم در شرح قواعد خود، از شیخ طوسی ره پیروی نموده و برضمان ادّعای اجماع کرده است.[۳]

ج: ابن ادریس ره در سرائر یکجا فرموده: بیع فاسد در نزد علماء و دانشمندان جاری مجرای غصب است و ضمان آور است.[۴] [و در غصب ضمانت اجماعی است. پس در بیع فاسد هم اجماعی خواهد بود.] و جای دیگر فرموده: فقهاء امامیّه قائل به ضمان می باشند[۵]

---

(۱) المبسوط، ج۲، ص۲۰۴.

(۲) المبسوط، ج۲، ص۱۵۰.

(۳) شرح قواعد خطّی و در اختیار ما نیست.

(۴) السرائر، ج۲، ص۲۸۵.

(۵) السرائر، ج۲، ص۳۲۶.

۳ـ حدیث نبوی: علی الید ما اخذت حتی تؤدّی:[۱]

در ارتباط با حدیث مذکور دو مناقشه باید مورد بحث و بررسی قرارگیرد تا دلالت و سند آن کامل گردد:

الف: بحث سندی: مرحوم شهیدی فرموده:

المناقشة فی سنده تارةً بعدم وجوده فی کتب الامامیة المعتبرة، وفی صحیحی البخاری ومسلم، وان کان قد وجد فی سایر الصحاح الست المزیّل

امّا بقوله: حتّی تؤدی کما فی صحیحی الترمذی وابی داود، او بقوله: حتّی تؤدّیه کما فی غیرهما.

واخری بانّ راویه سمرة بن جندب الذی هو احد الثلاثة التی حکی عن ابیحنیفة انه قال: اعمل برای کلّ صحابّی الا ثلثة وعدّ منهم سمرة، وحکایته مع الانصاری مذکورة فی بعض احادیث نفی الضرر والضرار، وضربه ناقة النبی ﷺ مروّی...

وقال ابن ابی الحدید: انّه عاش الی زمن ابن زیاد لعنه الله وصار من شرطة خمیسه، وکان یحث الناس علی قتل الحسین علیه السلام و...[۲] مشهور فقهاء مشکل سندی را حل کرده و فرموده‌اند: حدیث مذکور شهرت عملی دارد و بدین وسیله ضعف سندِ آن جبران می‌شود. و مرحوم شیخ با کلمهٔ «النّبوی المشهور» به این نکته اشاره دارند و معروف است که: کلّما ازداد صحةً ازداد وهناً، وکلّما ازداد وهناً ازداد صحّةً.

و مرحوم شهیدی فرموده:

---

(۱) آدرس حدیث را بعداً آورده‌ام ولی اجمالاً این حدیث در کتاب: سنن بیهقی، ج۶، ص۹۰، کتاب العاریة و کنز العمال، ج۵، ص۲۵۷ ذکر شد.

(۲) هدایة الطالب، ص۲۰۴.

بعد اشتهار العمل به واستناد الفقهاء من الخاصّة والعامّة اليه الموجب لكمال الوثوق بالصدور، لا وجه للمناقشة فى سنده ... حيث انّه بلغ من الاشتهار مرتبة جعله غيره من القطعيات، مع انّ مضمونه من المرتكزات ولو فى الجملة[۱]

ولی برخی از فقهاء برای شهرت عملی ارزش قائل نیستند، از جمله مرحوم آقای خوئی فرموده:

ودعوى انّ الحديث المزبور وان كان ضعيف السند، ولكن ضعفه منجبر بعمل المشهور به، وارسالهم ايّاه ارسال المسلّمات. دعوى فاسدة، لانّا ذكرنا مراراً: انّ عمل المشهور برواية ضعيفة لا يوجب اعتبارها. كما انّ اعراضهم عن العمل بالرواية الصحيحة لا يوجب وهنها، لانّ الشهرة فى نفسها ليست بحجّة، فلا تكون موجبة لحجّية الخبر، وجابرة لضعف سنده، وعليه فلا بدّ من ملاحظة نفس الخبر، فان كان جامعاً لشرائط الحجية اخذ به، والاّ فان ضمّ غير حجّة الى مثله لا ينتج الحجيّة.[۲]

در خاتمه بحث سندی خود روایت را کاملاً می آوریم:

عوالى اللئالى: روى انس ابن مالك وابى بن كعب وابوهريرة كل واحد على الانفراد عن النبى ﷺ انه قال ادّ الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك وكان عنده ﷺ ودائع بمكة فلمّا اراد ان يهاجر اودعها ام ايمن وامر علياً عليه السلام بردّها روى سمرة عنه ﷺ انه قال: على اليد ما اخذت حتىّ تؤدّى[۳]

---

(۱) هداية الطالب، ص۲۰۴.

(۲) مصباح الفقاهة، ج۳، ص۸۸ـ۸۹.

(۳) مستدرك الوسائل، ج۱۴، باب اوّل، ص۷، حديث۱۵۹۴۴ و عوالى اللئالى، ج۱، ص ۲۲۴.

الشیخ ابوالفتوح الرازی فی تفسیره رواه مثله وفیه حتی تؤدّیه.[1]

وامّا بحث دلالی: در ارتباط با مدلول حدیث علی الید دو نظریّه وجود دارد: [البته احتمال ثالثی هم متصوّر است ولی قائل ندارد و آن دلالت حدیث برهریک از حکم تکلیفی و وضعی است.]

۱ـ گروهی ازقبیل: شیخ طوسی و علاّمه و فاضل نراقی در عوائد الایّام [به نقل مرحوم شهیدی] فرموده اند: این حدیث برحکم تکلیفی دلالت دارد. [و در اینکه مراد از حکم تکلیفی چیست؟ احتمالاتی وجود دارد:

الف: وجوب حفظ از ضایع شدن و تلف گردیدن، تا زمانی که به مالک اصلی ردّ کند. مختار فاضل نراقی در عوائد همین است. دلیلی هم دارد که مرحوم شهیدی در حاشیه آورده است.[2]

ب: وجوب ردّ و اداء آن به صاحبش، مختار شیخ طوسی در مبسوط و علاّمه در تذکره، و دلیل آن از زبان شهیدی ره در حاشیه آمده.[3]

ج: وجوب ردّ مثل یا قیمت به هنگام تلف عین، دلیل این وجه نیز در حاشیهٔ شهیدی آمده.[4]

د: اعمّ از وجوب ردّ عین و ردّ بدل به نحو طولیّت و ترتّب. دلیل آن در حاشیهٔ شهیدی آمده.[5]

دلیلی که مرحوم شیخ در مکاسب برای دلالت حدیث برحکم تکلیفی آورده اند عبارتست از: کلمهٔ علی که ظهور در حکم تکلیفی دارد و علیک کذا ای یجب کذا و...

نتیجه: این حدیث به درد اثبات حکم وضعی یعنی ضمان نمی خورد.

۲ـ مشهور و منجمله خود مرحوم شیخ برآنند که: این حدیث ظهور در حکم

---

(۱) مستدرك الوسائل، ج۱۷، باب اوّل، ص۸۸، حدیث۲۰۸۱۹.

(۲ـ۵)هدایة الطالب، ص۲۰۴ و۲۰۵.

وضعی دارد و متبادر به ذهن همین است و در مقام ردّ وجه اوّل فرموده اند: هرگاه کلمهٔ علی که ظرف یا جار و مجرور است [این دو مانند فقیر و مسکین هستند که: اذافترقا اجتمعا واذا اجتمعا افترقا.] به فعلی از افعال اختیاریهٔ مکلّفین مستند شود و تعلّق بگیرد، دالّ برحکم تکلیفی است [مانند: علیکم انفسکم ولله علی الناس حجّ البیت، علیک بصلوة اللیل، للّه علّی ان افعل کذا وکذا و ...]

ولی هرگاه به مالی از اموال اسناد داده می شود مانند: خُذ هذا وعلیک عوضه، لزید علّی مالٌ، علیه دینٌ و ... دالّ برحکم وضعیِ ضمان است. یعنی صرفاً برای بیان این مطلب است که: فلان حقّ مالی برگردن شخص مستقرّ شده است و به نوعی باید از عهده برآید. و فرقی ندارد که آن مال عینی از اعیان خارجی باشد یا دینی ازدیون باشد. در باب قرض آن مال دین و به ذمّه است و در ما نحن فیه کلمهٔ «علی الید» به «ما اخذت» اسناد داده شده است و مراد از ماء موصول، مال است و منظور عین خارجی است. یعنی مالی را که انسان ازدیگری گرفته برذمّه اش مستقرّ می شود و تا ادا نکند از عهده برنیامده و کما کان مشغول الذمّه است.

نتیجه: حدیث نبوی کاملاً با حکم وضعی دمساز و متناسب است.

قوله: ومن هنا:

مقدّمه: می دانیم که یکی از فروق حکم وضعی و تکلیفی آنست که: حکم تکلیفی مخصوص مکلّفین است. ولی حکم وضعی تعمیم دارد و در حقّ غیر مکلّفین هم ثابت است. با این مقدّمه می گوئیم:

حال که حدیث نبوی ﷺ مفید حکم وضعی شد، پس بجا است که برای اثبات ضمانِ صغیر یا مجنون، بدان استدلال شود [یعنی اگر غیر بالغی یا غیر عاقلی مال مَردم را تفویت یا سرقت کرد و ... مثلاً شیشهٔ کسی را شکاند و ... ضامن است و باید ولیّ او از اموال او بپردازد، یا خود او پس از بلوغ یا عقل از

عهده برآید.] البته مشروط براینکه ید صغیر یا مجنون ضعیف نباشد. بیان ذلک:

گاهی صبّی غیر ممیّز است در اینجا ید او ضعیف است و مشمول علی الید... نیست زیرا ظاهر کلمهٔ علی الید آنست که با اراده و اختیار و عمد و قصد مال کسی را برداشته یا تلف کرده باشد، و این معنا برید غیر ممیّز صادق نیست.

و گاهی صبّی ممیّز است. که عرف برای او یَدْ قائل است. و مشمول حدیث می باشد.

و نیز مجنون گاهی شدید است که غیر ارادی کار می کند، و ید او مثل باد و طوفانی است که به مال کسی آسیب می رساند باز ضامن نیست. ولی گاهی جنونش خفیف است و عرف او را دارای اختیار و شعور فی الجمله و یَدْ می داند.

۴ـ **مرسلهٔ جمیل بن درّاج**: چهارمین دلیل از ادلّهٔ ضمانِ مقبوض به بیع فاسد، این روایت است: شخصی از بازار جاریه ای خریده، و با او مواقعه نموده، و او را مستولده ساخته است. پس از آن معلوم گردیده که: کنیز دزدی بوده و فروشنده آن را سرقت کرده و به این مشتری فروخته بود، و اینک صاحب اصلی پیدا شده است. [در اینجا دو فرض متصور است:

۱ـ مالک اصلی بیع را اجازه کند، این داخل در مسئلهٔ سوّم از مسائل بیع فضولی است و در باب خود خواهد آمد.

۲ـ صاحب اصلی بیع را ردّ کند، فعلاً این فرض مطرح است. و در چنین موردی امام ﷺ فرموده: جاریه را صاحب اصلیِ آن می گیرد، و فرزند آن را مشتری می گیرد [چون از صُلب او است و به او ملحق می شود اُدْعُوهم لآبائهم.] البتّه اوّل باید ولد را قیمت گذاری کنند که اگر عبد یا امه بود چه مقدار ارزش داشت؟ سپس مشتری قیمت ولد را به صاحب جاریه بپردازد، [تتمّه ای هم دارد که: مشتری هم به سارق مراجعه کرده و ثمنِ جاریه و قیمت ولد را از او دریافت می کند.]

[در ارتباط با حدیث مذکور یک بحث سندی مطرح است که: مرسله است و قابل احتجاج نیست. ولی روایات دیگری به این مضمون وجود دارد و قرینه بر صدق آنست و متن حدیث چنین است:

عن جمیل بن دراج عن بعض اصحابنا عن ابی عبدالله عليه‌السلام فی رجل اشتری جاریة، فاولدها، فوجدت مسروقة؟ قال: یأخذ الجاریة صاحبها، ویأخذ الرجل ولده بقیمته.

و به مضمون فوق روایتی از زراره از امام باقر عليه‌السلام و جمیل بن دراج از امام صادق عليه‌السلام وزراره از امام صادق عليه‌السلام نقل شده است.[1] و یک بحث دلالی وجود دارد:]

کیفیت استدلال: بلاشک ولد نماء جاریه است، [نماء کل شیئ بحسبه]آنهم نمائی که مشتری آن را استیفاء نکرده است [چون نطفهٔ او آزاد بسته شده و قابل تملک نیست.] ولا شک در اینکه: نماء و نتاج تابع اصل و عین است، و فرع زائد براصل نداریم، حال اگر به حکم حدیث، مشتری نماء غیرمستوفات را ضامن است [و چون قیمی است باید قیمت را بدهد.] پس به طریق اولی خود اصل [جاریه] را ضامن خواهد بود. [به ضمان تعلیقی که اگر تلف شد باید از عهدهٔ خسارت آن برآید.]

قوله: ولیس:

اگر کسی بگوید: این حدیث از مورد بحث ما اجنبی است.

بیان ذلک: ضمان در تقسیمی دو قسم می شود:

۱ـ ضمانِ تلف: مالی که قهراً تلف شده در مواردی ضمان‌آور است. مانند مال غصبی در دست غاصب، مقبوض بالسوم و...

---

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص۵۹۱ و ۵۹۲، حدیث۱ و ۲ و ۳ و ۴ و ۵، باب۸۸، ابواب نکاح العبید و الاماء.

۲ـ ضمانِ اتلاف: مالی که شخص با عمد و اختیار آن را تلف کرده است ضامن است. حال حدیث با ضمانِ بالاتلاف متناسب است، زیرا مشتری با عمد و اختیار با جاریه مواقعه کرده و او را مستولده ساخته و کار او موجب این شده که صاحب جاریه از ولد نتواند انتفاع ببرد، پس مشتری کالمُتْلف است ومن اتلف مال الغیر فهو له ضامن، و به درد ضمان بالتلف که مورد بحث ما است نمی خورد.

مرحوم شیخ در جواب می فرماید: کار مشتری اتلاف نماء نیست بلکه احداث انماء یعنی نماء دار کردن باردار نمودن و کشت و زرع است. آنگاه این امر خودَ به خود قابلیّت آن را دارد که کسی بگویدَ: نماء مالِ صاحب جاریه است. ولذا اگر شرط رقیّت کند، رقّ می شود. ولی شارع مقدّس حکم به حریّت نموده و ولد را از قابلیّت تملّک انداخته است. و این ربطی به مشتری ندارد و خارج از اختیار او است ولذا شبه تلف است نه شبه اتلاف، پس متناسب با بحث بوده و قابل استدلال است.

قوله: فافهم:

شاید اشاره باشد به اینکه: مورد حدیث با ما نحن فیه از جهت دیگر فرق دارد و قیاس مع الفارق است.

بیان ذلک: در مقبوض به بیع فاسد، مشتری مبیع را از مالک اصلی آنهم با رضا و طیب نفس مالک می گیرد. ولی در مورد حدیث، مشتری جاریه را از سارق گرفته و صاحب اصلی هم راضی نشده است آنگاه اگر در مورد حدیث ضمانت باشد دلیلِ آن نیست که در ما نحن فیه ضمانت باشد.

پس از استدلال به حدیث مذکور طرفی نبستیم.

قوله: ثم انّ:

تا اینجا فرع اوّل از فروعات مقبوض به بیع فاسد که ضمان بود بیان شد ولی

قبل از ورود در متفرعات بعدی [تحت عنوان: الثانی-الثالث و ...] دو قاعدهٔ کلّی را مطرح کرده و می فرمایند: مسئلهٔ ما صغرائی و مصداقی و فردی از صغریات و مصادیق و جزئیّات قاعدهٔ معروفهٔ ذیل است: [این قاعده دو بخش دارد: یکی اصل و دیگری عکس]

امّا اصل: «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» یعنی هر عقدی که صحیح آن موجب ضمان باشد فاسدش هم موجب ضمان خواهد بود. مانند عقد بیع، عقد اجاره نسبت به منافع و ...

و امّا عکس: «کل عقد لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده» یعنی: و هر عقدی که صحیح آن ضمان‌آور نباشد فاسدش نیز ضمان‌آور نخواهد بود. مانند عقد هبه، عاریهٔ غیر مضمونه، اجاره نسبت به عین، عین مرهونه برای مرتهن، ودیعة و ... مگر افراط یا تفریط کند.

قوله: وهذه:

تاریخچهٔ قاعدهٔ مذکور: قاعدهٔ مذکور با تعبیر مذکور [اصلاً وعکساً] از زمان علاّمه ره و در سخنان ایشان مطرح شده و قبل از ایشان فقیهی بدان تصریح نکرده است. آری پاره‌ای از تعابیر شیخ طوسی ره ظهور در این قاعده دارد: امّا قاعدهٔ اوّل یا اصل: شیخ طوسی در بسیاری از عقود فاسده فتوی به ضمان داده و در مقام تعلیل چنین فرموده: خود شخص وارد معامله شده و اقدام کرده است آنهم با بناگذاری برضمان مال.[1]

مرحوم شیخ می فرماید: حاصل این سخن آنست که: قبض مال از طرف با اقدام برضمان به عوض واقعیِ آن [مثل یا قیمت] یا عوض جعلیِ آن [عوض المسمّی] موجب ضمان می گردد. و این سخن مقبوض به عقود فاسده‌ای را هم که صحیح آنها ضمان دارد شامل می شود. [این اشاره به قانون: کل عقد یضمن

---

(۱) المبسوط، ج۲، ص۱۲۶، کتاب البیوع و ج۳، کتاب الاجارات، ص۲۴۳.

بصحیحه یضمن بفاسده است.]

واما قاعدهٔ ثانیه یا عکس: شیخ طوسی در رابطه با این مسئله که رهن فاسد ضمان‌آور نیست فرموده: صحیحِ آن موجب ضمان نبود، پس فاسدش هم موجب ضمان نیست.[1] [این اشاره به قاعدهٔ ثانیه یعنی: وکل ما لا یضمن ... دارد.]

قوله: ولم اجد:

شیخ اعظم می فرماید: احدی از فقهاء در قاعدتین مذکورتین، تأمّل و تردید نکرده، مگر جناب شهید ثانی در مسالک در رابطه با عقد مسابقه که: صحیح آن ضمان‌آور است. ولی اگر چنین عقدی فاسد شد [مستحق اجرة المسمّی نمی شود. امّا آیا] اجرة المثلِ عمل را استحقاق پیدا می کند یا نه؟ شهید فرموده: فیه نظر، ومردّد شده.[2] ولی غیر از او سایر فقهاء آن را پذیرفته اند.

قوله: وکیف کان:

در قاعدهٔ مذکور کسی تأمّل کرده باشد یا نه، مهمّ برای ما بیان دو مطلب است:

۱ـ معنای دو قاعدهٔ مذکور [اصل و عکس] ۲ـ مدرکِ دو قاعدهٔ مذکور.

امّا معنای دو قاعده: ابتدا قاعدهٔ اصل را معنا می کنیم: در این قاعده چندین کلمه وجود دارد:

۱ـ کلمهٔ کلّ عقد: این کلمه به سه نکته اشاره دارد:

الف: عقد اگرچه در لغت به معنای مطلق عهد یا خصوص عهد مشدّد آمده، ولی در اصطلاحِ فقهاء به معنای صرف ایجاب و قبول آمده، و در اینجاهمین معنا مراد است. پس هریک از عقد جایز و لازم را

(۱) المبسوط، ج۲، ص۲۰۴.

(۲) مسالک الافهام، ج۱، ص۳۸۶.

شامل می شود. و اختصاص به عقد لازم ندارد. بیع جایز را هم می گیرد.

ب: معاملات در تقسیمی سه دسته می شوند:

۱ـ معاملاتی که به اتّفاق کلمه از عقود بوده و دارای ایجاب و قبول است. مثل بیع، اجارة و...

۲ـ معاملاتی که به نظر همهٔ فقهاء از ایقاعات بوده و تنها دارای ایجابند. مانند: طلاق ـ عتق و...

۳ـ معاملاتی که مورد اختلاف است که آیا از عقودند؟ یا ایقاعات؟ مانند: وصیّت که قبلاً در شرط بقاء برقابلیّت بررسی شد، و جعاله که به قولی از ایقاعات است، و مرحوم شیخ می فرمایند: بوی ایقاع از آن استشمام می شود، یعنی احتمالِ ایقاع در آن موجود است.

[زیرا کِه اوّلاً قبول قولی لازم ندارد.

ثانیاً قبول موالاتی لازم ندارد.

ثالثاً طفل نابالغ هم می تواند قبول کند و عمل را برای جاعل انجام دهد و مستحقّ عوض شود.] و مانند طلاق خُلع که گرچه طرفینی است و نوع معاوضه است و منوط به تراضیِ طرفینی است یعنی زوج راضی به تفویض بُضْعِ زوجه به زن باشد، و زوجه هم راضی به پرداخت تمام یا بعض مهریّه باشد. ولی بقول شیخ اعظم به ایقاع نزدیکتر است. [زیرا که در واقع نوعی از طلاق است که با شرط بذل عوض انجام می پذیرد. و طلاق هم از ایقاعات است.]

حال مراد از عقد در قاعدهٔ مذکور: خصوص بخش اول نیست. بلکه اعمّ از بخش اوّل و دوّم است. وهمهٔ معاملاتی را که دو طرف داشته و دادوستدی دارد، شامل می شود. [و به قول مرحوم شهیدی:

هذا بناء علی اشتمال القاعدة علی لفظ العقد کما فی عبارة التذکرة و امّا

اذا کان الموجود فیها بدله لفظ ما کما فی السبق و الرمایه من المسالك و شرح الارشاد للاردبیلی ره فی عبارة الآتیة وفی بعض کلمات المصنف فلا ینبغی الاشکال فی عموم موضوعها لکل ما یتطرق فیه الضمان ولو کان ایقاعاً مثل الجعالة، والتملك فی باب اللقطة او کان حکماً کالاخذ بالشفعة ... .[۱]

ج: نکته سوّم در ارتباط با کلمهٔ «کلّ عقد» بعداً خواهد آمد.

۲ـ کلمهٔ ضمان: این کلمه چهار بار در دو قاعدهٔ مذکور تکرار شده، و در اینکه مراد از آن چیست؟ مرحوم شیخ دو احتمال ذکر می کنند، [البته احتمالات دیگری هم در حواشی آمده[۲]]

الف: عقیدهٔ خود ایشان همان است که در اوّل مسئله عنوان شد، و فرمودند:

«وامّا الضمان بمعنی کون تلفه علیه» ودر اینجا به بیان دیگر می فرمایند: ضمانت نوعی تعهّد مالی [در قبال کفالت] است و عبارتست از اینکه: دَرَكْ و خصارت و غرامت مال مضمون و به عهده گرفته شده در مال اصلیِ ضامن است. و ضمان یعنی تدارکِ این خسارت از مال اصلیِ ضامن، یعنی اگر مال مضمون تلف شد، باید ضامن از مال اصلیِ خود [در قبال احتمال بعدی است] آن را جبران کند، و براین اساس، نقص و کمبودی در مال اصلیِ ضامن پدید می آید. [و در ضمان مصطلح و رائج هم که فردی نزد حاکم شرع از کسی ضمانت می کند.

مطلب همین است که اگر مضمون له از عهده برنیامد، ضامن باید از جیب خود مال را بپردازد.] [دلیل این احتمال: انّ العرف لا یفهمون من کون الشیء الخارجی علی شخصٍ الاّ کون ما یتدارك به علیه.]

---

(۱) هدایة الطالب، ص۲۰۷.

(۲) هدایة الطالب، ص۲۰۵.

ب: قوله: وامّا:

برخی توهّم کرده اند که: [متوهّم یا مرحوم شیخ علی کاشف الغطاء صاحب حاشیه برشرح لمعه است و یا مرحوم صاحب ریاض. [1]] منظور از ضمان اینست که: اگر مبیع تلف شد، این تلف از ملک مشتری و در مال او محسوب می شود [نظیر آنچه در معاطات برمبنای مشهور گفته آمد که: مفید اباحه است و آناًمّا قبل از تلف به ملک مشتری داخل شده و از مالِ او تلف شده است.] و حق ندارد به بایع مراجعه نموده و ثمن را از او استرداد کند.

مرحوم شیخ می فرماید: ضمان که معنایش این نیست. تا به حال نشنیده ایم که کسی بگوید: انسان ضامنِ اموال خویش است. چنین چیزی نا معقول است و ضمان همیشه نسبت به مال دیگری است. پس همان معنای اوّل صحیح است.

قوله: ثمّ تدارکه:

حال که ضمان به معنای تدارک و جبران مال غیر شد، می گوئیم: تدارکِ مال دیگری سه نوع است:

۱ـ تدارك به عوض جعلی: و آن عوضی است که طرفینِ معامله برآن توافق و تراضی کرده اند و شارع مقدس هم این موافقت را امضاء فرموده است. مانند کلّیهٔ معاملات صحیحِ شرعی که: پس از صحت و امضاء هرکدام از طرفین باید به التزام و تعهّدی که سپرده وفا کند و عوضی را که مقرّر شده بپردازد. این نوعی تدارك و پرکردنِ جای خالیِ مال دیگری است. و تدارك در بیع صحیح به ثمن المسمّی، و در اِجارهٔ صحیح به اجرة المسمّی، و در جعاله به عوض المسمّی، و در نکاح به مهرالمسمّی و... می باشد.

۲ـ تدارك به عوض واقعی: و آن در مثلیّات به مثل و در قیمیّات به قیمت است. که در نوع ضمانات همین است. و در اینجا تراضیِ طرفین ملاك نیست.

---

(۱) هدایة الطالب، ص۲۱۰.

و شارع و عرف چنین حکمی دارند. و لا فرق که عوض مجعول طرفینی بوده و شارع امضاء نکرده [در معاملات فاسده] یا اصلاً توافقی هم نبوده [در مغصوبات، مقبوض بالسوم و ...]

۳ـ تدارك به اقلّ الامرین از عوض واقعی و عوض جعلی: یعنی هرکدام که ارزش کمتری دارد با همان تدارك شود و به بیش از آن لازم نیست. بعض از فقهاء در بعض از مقامات این قسم را فرموده اند، مانند شهید ثانی در مسالک در ارتباط با فرع ذیل:

زید کتابی را به بکر هبه کرد، البته مشروط به اینکه بکر هم فرشی را به زید هبه کند،

سپس آقای متهّب «بکر» مال موهوب «کتاب» را گرفت، و قبل از اِقباضِ عوض «فرش» مال موهوب تلف شد «بدون افراط و تفریط»

در اینجا شهید فرموده: اقلّ الامرین از قیمت واقعیِ کتاب و ارزش فرش را به واهب بدهد. یعنی اگر ارزش فرش بالاتر است، قیمت کتاب را بدهد، و اگر ارزش کتاب بالاتر است خود فرش را بدهد.[1]

[البته اقوال دیگری هم وجود دارد که مرحوم سیّد بدان اشاره کرده است، از قبیل: ۱ـ شرائع و علاّمه و فخرالدین گفته اند: متهّب ضامن نبوده و عوض واجب نیست. ۲ـ عدّه ای گفته اند: عوض المسمّی را باید بپردازد. و ...[2]]

قوله: فاذا ثبت:

حال که با انواع تدارك آشنا شدیم می گوئیم:

احتمالاتی که در رابطه با معنای کلمهٔ ضمان، وجود دارد. پنج احتمال است:

۱ـ ضمان مشترك لفظی میان سه معنی باشد، یعنی یکبار برای تدارك به عوض

---

(۱) مسالک الافهام، ج۱، ص۳۷۸.

(۲) حاشیة السیّد علی المکاسب، ص۹۳.

واقعی وضع شده، و بار دیگر جداگانه برای تدارك به عوض جعلی، و بار سوّم برای تدارك به اقلّ الامرین. این احتمال را مرحوم شیخ متعرّض نمی شوند، زیرا که: اشتراك لفظی دلیل می طلبد، و دلیلی برآن نداریم، و برفرض شک در آن، از اصالة عدم الاشتراك استفاده می کنیم.

۲ـ ضمان مشترك معنوی میان سه قسم مذکور باشد، یعنی برای قدر جامع و مطلقِ تدارك به عوض وضع شده و خصوص هرقسمی از افراد این کلّی و قدر جامع است. و ارادهٔ مشخِّصات فردی محتاجِ قرینه است. شاید کلمهٔ فافهم در ادامه اشاره به این احتمال باشد که توضیح آن خواهد آمد.

۳ـ ضمان همیشه یک معنی دارد و عند الاطلاق [وقتی که از هر قرینه ای مجرّد باشد.] همان معنا اراده می شود و آن عبارتست از تداركِ مال تلف شدهٔ دیگران به عوض واقعیِ آن [مثل یا قیمت] و دو قسم دیگر نیازمند قرینه و دلیل خاصّ است. و دلیل اینِ احتمال آنست که: تداركِ حقیقی و واقعی [و به معنای حقیقیِ کلمه] همین است. و عرفاً همین معنی متبادَر است، و تا گفته می شود: باید مالَ فلانی را تدارك و جبران کنی، فوراً به ذهن می آید که: جای خالیِ آن را بتمامه و کماله پُرکُنی، و آن در فرض پرداخت مثل یا قیمت واقعی است. [و کسی که عوض جعلی یا اقل الامرین را می دهد در حقیقت مال تالف را تدارك ننموده است.]

قوله: ولذا:

شاهد براینکه: ضمان به معنای تدارك به عوض واقعی می باشد، آنست که: در باب عاریه که زید به بکر عبائی را عاریه می دهد و با او شرط می کند که: اگر مال عاریه ای تلف شد تو ضامن باشی. همه گفته اند: مراد، ضمان به مثل یا قیمت است. و از اطلاق کلام مُعیر و مستعیر همین را فهمیده اند.

قوله: ولم یرد:

خوشبختانه در لسان اخبار و روایات ضمانِ مضمونات [چه مغصوبات و اموالی که از دیگران به ناحق گرفته شده و غَصب اَست، و چه سایر مضمونات از قبیل: معاملات فاسد که مورد بحث ما است، و نظیر مقبوض به سوم، تملّک لقطه و...] هم کلمهٔ ضمان به نحو مطلق آمده و مقیّد به خصوص عوض واقعی یا جعلی و... نشده است. و اطلاق برهمان معنای متبادر حمل می شود. [بد نیست به برخی روایات اشاره ای داشته باشیم:

۱ـ عن وهب، عن جعفر عن ابیه عليه‌السلام انّ علياً عليه‌السلام كان يقول: من استعار عبداً مملوكاً لقومٍ فعيب فهو ضامن، وقال: من استعار حرّاً صغيراً فعيب فهو ضامن.[۱]

۲ـ عن اسحاق بن عمّار، عن ابی عبدالله او ابی ابراهيم عليه‌السلام قال: العارية ليس على مستعيرها ضمان الاّ ما كان من ذهب وفضة فانهما مضمونان اشترطا او لم يشترطا[۲]]

قوله: وامّا تدارکه:

پس ضمان عندالاطلاق برتدارك به عوض واقعی حمل می شود، و تدارك به غیر آن [به عوض جعلی و...] از اطلاق استفاده نمی شود و نیازمند طریق دیگر است فی المثل طرفین توافق و تراضی به عوض پیدا کنند، و شرع مقدّس هم آن را امضاء کند، آنگاه است که عوض جعلی مطرح می شود.

٤ـ قوله: فاحتمال:

مراد از ضمان در هر دو قسمت قاعده [یضمن بصحیحه، یضمن بفاسده] ضمان به عوض جعلی باشد، یعنی هَمانطوری که در عقد صحیح طرفین به عوض جعلی ضامن می باشند، هکذا در عقد فاسد هم ضمان به عوض جعلی باشد،

---

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۳، ص۲۳۸، حدیث۱۱، باب اوّل از احکام عاریه.
(۲) وسائل الشیعه، ج۱۳، ص۲۴۰، حدیث۴، باب سوّم از احکام عاریه.

[مدرك احتمال: وحدت سیاق به ضمیمهٔ حتمی بودنِ ارادهٔ عوض جعلی در عقد صحیح.]

مرحوم شیخ می فرماید: این احتمال خیلی ضعیف است. وجه ضعف از زبان بعضی اینگونه تقریر شده: اینکه عقد فاسد را هم مثل عقد صحیح موجب ضمان به عوض جعلی بدانیم، مستلزم عدم فساد است، و در واقع بدان معنی است که: عقد فاسد نیست. و این خلاف فرض است. پس نتوان آن را پذیرفت.

این وجه مورد پسند شیخ اعظم نیست و می فرماید: منافاتی بین فساد و حکم به ضمان به عوض جعلی نیست. چرا که فساد عبارتست از اینکه: عقد اثر نگذاشته، و مبیع را در ملک مشتری داخل نکرده و کما کان به ملک بایع است و همین اندازه برای حکم به فاسد کافی است. اگرچه بگوئیم: پس از تلف مبیع از ملک مشتری تلف شده و فروشنده حق مراجعه به مثل یا قیمت ندارد.

[نظیر آنچه در باب معاطات برمبنای مشهور گذشت که: معاطاتی که به قصد تملیک انجام شده، مفید ملک نیست و اثر مقصود برآن مترتّب نشده و از این حیث فاسد است ولی در عین حال یک آن پیش از تلف به ملک گیرنده داخل شده و تلف از ملک او محسوب می گردد، و حق مراجعه به دیگری ندارد.] از مرحوم شیخ می پرسیم: پس وجه ضعف کدام است؟

در جواب می فرمایند: وجه ضعف همان است که در احتمال ثالث گذشت که: ضمان یک معنی دارد و آن تدارك به عوض است، و متبادر هم عوض واقعی است. و غیر آن محتاج دلیل است. و در مورد عقد صحیح این دلیل و قرینه موجود است. [توافقِ طرفین به ضمیمهٔ امضاء شارع] و از باب تعدّد دالّ و مدلول می شود. [همانطوری که در اَعتق رقبةً مؤمنةً می گوئیم: رقبه دالّ برجنس و مؤمنه بروصف ایمان است و دو دالّ و دو مدلول است و مجازی پیش نیامده هکذا در ما نحن فیه هم در عقد صحیح، ضمان، تدارك به عوض جعلی است ولی

تدارك به عوض از کلمهٔ ضمان فهمیده می شود و جعلی بودن از قرینهٔ مذکور.]

۵ـ قوله: لا لانّ:

معنای ضمان در عقد صحیح مغایر با معنای آن در عقد فاسد باشد. و از هرکدام معنائی اراده شود، در عقد صحیح ضمان به معنای تدارك به عوض جعلی باشد، و در عقد فاسد به عوض واقعی باشد. این احتمال هم مردود است چرا که موجب تفکیک در عبارت است. یعنی با حفظ وحدتِ سیاق از دو کلمه دو معنای متفاوت اراده شده و صحیح نیست.

قوله: فافهم:

شاید اشاره باشد به اینکه: از هرکدام معنائی اراده شدن، موجب مغایرت و تفکیکِ مذکور نیست. چرا که شاید کلمهٔ ضمان مشترك معنوی و به معنای مطلق تداركِ به عوض باشد و در عقد صحیح بدلیل خاص فردی اراده شده، و از عقد فاسد هم فرد دیگر.

قوله: ثمّ العموم:

نکتهٔ سوّمی که در ارتباط با واژهٔ «کلّ عقدٍ» در قاعدهٔ اصل، مطرح می باشد اینست که: مقدّمه: معاملات و عقود از یک نظرَ سه دسته می شوند:

۱ـ عقودی که به نوع و کلّی و طبیعت و ماهیّتش موجب ضمان است. و در ضمن هر فرد وصنفی از افراد و اصناف و اقسام خود که محقّق شود، ضمان آور است. مانند بیع، اجاره، نکاح و... بیع نسیه و نقد، بیع سلم، بیع صرف، بیع مرابحه ای و...، اجاره برعین، اجاره برعمل و... نکاح دائم، نکاح منقطع و....

۲ـ عقودی که نوع و طبیعیِ آنها بطور مطلق و در ضمن هر فرد و صنفی موجب ضمان نیست، مانند ودیعة و وصیّت و... .

۳ـ عقودی که نوع و کلّی آنها ضمان آور نیست ولی برخی از اصناف آنها

ضمان‌آور است. مثلاً صلح در بعض موارد مفید فائدهٔ هبهٔ مجّانی و بلاعوض است. همانند مال حلالِ مخلوط به حرام، با علم به صاحب آن که مالک باید مقداری به صاحب آن بدهد تا راضی شود. ولی در قبال صاحب مال چیزی نمی‌دهد و در بعض موارد مفید ابراء و اسقاط حق است و معاوضه نیست ولی در بعض موارد هم موجب ضمان است و آن صلحِ معوّض می‌باشد.

و مانند هبه که بعض از اصناف آن یعنی هبهٔ بلاعوض ضمان‌آور نیست. ولی بعض دیگر که هبهٔ معوّضه باشد ضمان‌آور است. [البته اگر معاوضه باشد نه هبهٔ با شرط ضمنی، کما سیأتی] و مانند عاریه که عاریهٔ ذهب و فضّه یا درهم و دینار، ضمان‌آور است. عاریهٔ بشرط الضمان ضمان‌آور است، ولی عاریهٔ بدون خصوصیات مذکور، ضمان‌آور نیست.

با این مقدّمه می‌گوئیم: در اینکه مراد از کلّ عقدٍ به چه اعتبار است؟ خصوص عمومِ انواعی؟ خصوص عموم اصنافی؟ خصوص عموم افرادی؟ یا اعمّ؟ چهار احتمال متصور است:

۱ـ مراد خصوص انواعی باشد، و کلّ عقدٍ یعنی کلُّ نوعٍ من انواع العقد که صحیح آن ضمان‌آور است فاسدش هم کذا، مثل بیع و اجاره و ...

اشکال این احتمال: قاعده کلیّت نداشته و عقودی از قبیل: عاریه‌ـ صلح‌ـهبه و ... را شامل نیست.

۲ـ مراد خصوص اصنافی باشد، کلّ عقدٍ یعنی کلّ صنف من اصناف عقدی ... مثل صلح و عاریه و ... اشکال آن: باز اگر بشرط لا شد شامل قسم اوّل [بیع و امثال آن] نمی‌شود.

۳ـ مراد خصوص افرادی باشد، [در ادامهٔ بحث و در جای خود توضیح خواهیم داد.]

۴ـ مراد اعمّ از صنف و نوع باشد، و کلّ عقد، یعنی کلّ عقد ولو به لحاظ

صنفی از اصنافش صحیح آن ضمان آور بود ... پس قاعدهٔ ما کلیّت پیدا می کند و مانند صلح و هبه و عاریه را می گیرد.

قوله: نعم:

در خصوص عاریه در این فرع فقهی که: شخصی در حال احرام صیدی را از کسی عاریه گرفته و در دست او تلف شد یا فرار کرد، آیا ضامن است یا نه؟ فقهاء فرموده اند: ضامن نیست. و در مقام ذکر دلیل چنین گفته اند: عاریهٔ صحیح ضمان آور نیست پس فاسد آن هم نباید ضمان آور باشد از این دلیل کلیّ و عمومیّ مستفاد است که عاریه به نوعش و کلّیتش ضمان آور نیست. و با مطلب قبل منافی است.

قوله: ولعلّ:

مرحوم شیخ می فرماید: شاید منظورشان عاریهٔ غیر ذهب و فضّه و عاریهٔ غیر مشروط به ضمان است. وگرنه در این دو صنف حتماً ضامن است.

قوله: ثمّ المتبادر:

از قانون کلّ عقدٍ یضمن بصحیحه یضمن بفاسده، این نکته مستفاد است که: عقد فاسد از حیث مُوجب ضمان بودن، تابع عقد صحیح است و هر عقدی که صحیحِ آن سبب ضمان باشد فاسدش هم موجب ضمان است. ولی مطلبی که در این فراز مطرح می باشد، آنست که:

گاهی عقد صحیح بنفسه مقتضیِ ضمان است، یعنی خود عقد فی ذاته ضمان آور است، مانند عقد بیع و اجاره و نِکاح و ... .

و گاهی خود عقدِ صحیح ضمان آور نیست بلکه شرطی که در ضمنِ آن مطرح می شود، موجِب ضَمان است. مانند موارد ذیل:

۱ـ عاریهٔ غیر ذهب و فضّه [مثل عاریهٔ اتومبیل، ظرف، فرش، لباس و ...] بدون شرط ضمان آور نیست. و مستعیر ضامن نمی باشد [مگر افراط یا تفریط

کند .] ولی اگر در ضمن عقد عاریه مُعیر با مستعیر شرط ضمان کند مثلاً بگوید : این اتومبیل را به شما می دهم تا از سفر مشهد مقدّس برگردید ولی هرنوع خسارتی پیدا شد خود شما جبران کنید . چنین عاریه ای ضمان آور است .

۲ـ در اجارهٔ منزل و مرکب و مانند آن ، بدون شرط ضمان ، مستأجر ضامنِ عین مستأجره نیست ، و عین نزد او امانت است . ولی اگر در ضمن عقد اجاره شرط ضمان شد و موجر با مستأجر طی کرد که هر خسارتی به منزل وارد شد ، شما باید از عهده برآئید ، چنین اجاره ای اگر صحیح و جامع الشرائط باشد ، ضمان آور است .

۳ـ در هبهٔ معوّضه دو مبنا وجود دارد :

الف : در حقیقت نوعی هبه است که تملیک مجّانی باشد ، ولی در ضمن آن شرط عوض هم شده است .

ب : در حقیقت نوعی معاوضه است که هریک از طرفین ملتزم به پرداخت عوض شده اند .

حال اگر نوعی معاوضه [بیع یا صلح یا معاوضهٔ مستقل] باشد که حتماً موجِب ضمان است . و نفس معاوضه مقتضیِ ضمان است نه شرط در ضمن آن . ولی بنابر اینکه نوعی هبه باشد خود عقد هبه موجِب ضمان به عوض نیست ، ولی شرط در ضمن آن خواهان چنین ضمانی است .

حال سئوال اینست : عقد فاسد که از حیث اقتضاء ضمان تابع عقد صحیح است .

آیا در قسم اوّل تابع است؟ یعنی آنجاها که عقد صحیح بنفسه موجب ضمان بود ، فاسد العقد هم موجب ضمان است یا در قسم ثانی هم تابع است یعنی حتی اگر عقد صحیح بشرطه موجب ضمان باشد باز فاسد چنین عقدی موجب ضمان است؟ پس اگر به اجارهٔ فاسد شرط ضمان عین شد ، بازهم مستأجر ضامن باشد؟

و اگر به عاریهٔ فاسده ای شرط ضمان شد باز مستعیر ضامن باشد و ... کدام وجه صحیح است؟

مرحوم شیخ می فرماید: متبادر از قاعدهٔ کلّ عقد یضمن ... آنست که: خود عقد بنفسه مقتضیِ ضمان باشد و ضمیر بصحیحه به عقد برمی گردد، یعنی ضمان به سبب عقد صحیح باشد، ظاهرش اینست که: خود عقد ضمان آور باشد. و اینکه شرط ضمنِ آن موجب ضمان باشد، بذهن نمی آید. ولذا کسی بگوید: اجارهٔ فاسدی که مشروط به ضمان عین باشد موجِب ضمان است. و به قانون فوق تمسّک کند، قابل قبول نیست. و هکذا در عاریهٔ فاسدی که مشروط به ضمان شده ... .

ولی مرحوم صاحب ریاض[۱] به پیروی از مرحوم صاحب مسالک[۲] تعمیم داده و مدّعی شده که عاریهٔ فاسد مطلقاً موجب ضمان است چه عاریهٔ مضمونه ای که ضمان به اقتضاء خود عقد باشد مثل عاریهٔ ذهب و فضّه و چه عاریهٔ مضمونه ای که ضمان به اقتضاء شرط ضمن آن باشد.

قوله: وربّما یحتمل:

این همان احتمال سوّمی است که قبلاً در رابطهٔ با موضوع قاعده یعنی کلمهٔ کلّ عقد بدان اشاره شد.

و اَینک بیان مطلب: ممکن است کسی بگوید: مراد از «کلّ عقد» عبارتست از کلّ شخصِ عقد ... یعنی هر فرد معیّن و شخص خاصّی از عقوُد خارجی [مثلاً معاملهٔ خاصّی که زید با بکر کرده و ...] که صحیح آن موجِب ضمان باشد فاسدش هم موجب ضمان است. و براحتمال مذکور دو فرع ذیل مرتّب شده:

---

(۱) ریاض المسائل، ج۱، ص۶۲۵.
(۲) مسالک الافهام، ج۱، ص۳۱۵.

۱ـ اجارهٔ بدون اجرت: موجر به مستأجر بگوید: آجرتک داری بلا اجرة، یا مستأجر به اجیر بگوید: استأجر تک للعمل الفلانی بلااجرةٍ چنین اجاره ای شرعاً باطل است. ولی شهیدین فرموده اند: اگر این اجاره صحیح بود مستأجر ضامنِ اجرت نبود، حالا هم که فاسد است. پس مستأجر ضامن نیست. و در خصوص اجارهٔ مذکور به قانون کل عقدٍ یضمن... تمسک کرده اند.[1]

۲ـ بیع بلاثمن: فروشنده به خریدار بگوید: بعتُک بلاثمن، یا خریدار بگوید: اشتریت منک الشیئ الفلانی بلا ثمن. چنین بیعی شرعاً فاسد است و ما در اسلام بیع بلا ثمن نداریم ولی علاّمه دو احتمال داده که یکی اینست: اگر چنین بیعی صحیح بود که ضمان آور نبود، و مشتری ضامنِ ثمن نبود، حالا هم که فاسد است، پس مشتری ضامن نیست. به دلیل کل عقد... که شخص همین عقد اراده شده وگرنه نوعِ بیع یا صنف آن ضمان آور است.[2]

قوله: ویضعّف:

مرحوم شیخ این احتمال را که مراد شخص هر عقدی باشد تضعیف می کند.

مقدّمه: صحیح و فاسد دو گونه است:

۱ـ صحیح و فاسد فعلی و تنجیزی: و آن در موردی است که چیزی بالفعل هم دارای صحیح است و هم فاسد.

۲ـ صحیح و فاسد فرضی و تعلیقی: و آن در صورتی است که چیزی صحیح و فاسد فعلی ندارد، بلکه فعلاً فقط فاسد است. و صحّتِ آن فرض و اگری است.

با این مقدّمه می گوئیم: ظاهر قاعدهٔ کل عقدٍ یضمن... آنست که عقد بالفعل فرد صحیح و فرد فاسد دارد [و مشتقّات ظهورً در فعلیّت دارند، پس صحیح

---

(۱) مسالک، ج۱، ص۳۲۲ و حاشیه شهید بر قواعد علاّمه که خطی است.
(۲) قواعد الاحکام، ج۱، ص۱۳۴.

یعنی صحیح فعلی و فاسد یعنی فاسد فعلی].

و اگر مراد شخص هرعقدی باشد، فرد معیّن بالفعل نمی تواند هم صحیح باشد و هم فاسد، چون اجتماع متقابلین است. بلکه باید صحیح فرضی منظور شود یعنی هر شخص عقدی که اگر [فرضی است] صحیح بود موجب ضمان بود حالا هم که فاسد است موجب ضمان است. و این با ظاهر قاعده نمی سازد پس ناچار از کلمهٔ کلّ عقدِ نوع یا صنف اراده می شود، و به این اعتبار اجارهٔ بلا اجرت هم ضمان آور است چون نوع و کلّیِ آن در ضمن هر صنفی ضمان آور است. بیع بلاثمن هم ضمان آور است چون نوع بیعِ صحیح و فاسد فعلی دارد و موجب ضمان است.

قوله: نعم:

شیخ طوسی و به پیروی از ایشان شهید ثانی[1] [ذیلاً خواهد آمد.] در مقام استدلال برقانون کلّ عقد... به قاعدهٔ اقدام تمسّک کرده اند و فرموده اند: هریک از طرفین خودشان اقدام برضمانت کرده اند و لذا ضامن هستند. حال اگر مدرکِ قانونِ کلّ عقد... قاعدهٔ اقدام باشد، باید در بیع بلاثمن و اجارهٔ بلا اجرة، حکم به عدم ضمان کنیم چون مشتری یا مستأجر اقدام برضمان نکرده است بلکه اقدام براخذ مبیع مجّاناً کرده است.[2]

و لکن فعلاً بحث ما در مفاد قانون کل عقد... می باشد، نه در مدرك و دلیلِ آن که قاعدهٔ اقدام است؟ یا قاعدهٔ علی الید؟ و... و آن را به زودی بحث خواهیم کرد.

قوله: ثمّ انّ:

[بجا بود مرحوم شیخ فراز ثمّ المتبادر... تا ربّما یحتمل را پس از این فرازی

---

(۱) مسالک الافهام، ج۱، ص۲۳۳.

(۲) المبسوط، ج۲، ص۱۲۶.

که الان مطرح است می‌آورند، چون ثمّ المتبادر ... مبتنی بریکی از دو احتمالی است که ذیلاً خواهد آمد. چه اینکه انسب این بود که وربّما یحتمل قبل از ثمّ المتبادر می‌آمد چون با فراز ثمّ العموم ... سازگار است.] تا اینجا دو کلمه را در قاعدهٔ کلّ عقد ... معنا کرده و نکاتی را در اطرافش آوردیم:

۱ـ **کلّ عقد**: سه نکته در این رابطه ذکر شد.

۲ـ **ضمان**: نکاتی را هم در این قسمت تقدیم کردیم.

و سوّمین کلمه در قاعدهٔ مذکور، حرف باء است. کلمهٔ باء معانیِ عدیده‌ای دارد، که دو معنا با ما نحن فیه مناسب است.

۱ـ به معنا فی و برای ظرفیّت باشد [مانند: جلستُ بالمسجد] یعنی کلّ عقد یُوجد الضمان فی صحیحه یوجد فی فاسده، هر عقدی که در صحیحِ آن ضمان باشد در فاسد آن هم ضمان خواهد بود.

[و امّا منشأ ضمان و سببِ آن چیست؟ آیا خود عقد است؟ یا قبض است؟ یا عقد به ضمیمه قبض است؟ همه اینها محتمل است. و هیچکدام بیان نشده است.]

۲ـ برای سببیّت باشد [همانند: ضربتُ زیداً بسوء ادبه] یعنی کل عقد یکون صحیحه موجباً وسبباً للضمان یکون فاسده کذلک. امّا سببیّت دو شعبه دارد:

۱ـ **سببیّت تامّه**: عقد علّت تامّهٔ ضمان باشد.

۲ـ **سببیت ناقصه**: عقد علّت ناقصهٔ ضمان باشد.

حال خصوص سببیّت تامّه مراد نیست. [چون مادّهٔ نقض دارد.] و خصوص سببیّت ناقصه هم مراد نیست. [چون مادّهٔ نقض دارد.] پس مطلق سببیّت که اعمّ از تامّ و ناقص باشد مراد است.

قوله: فانّ العقد:

سئوال: چرا مطلق سببیّت مراد باشد و خصوص سبب تامّ مراد نباشد؟

جواب: زیرا در مواردی عقد صحیح به تنهائی موجبِ ضمان نیست، بلکه بعد از قبض و اقباض، ضمان‌آور است. [و اگر خصوص سبب تام مراد باشد در اینجاها نقض می‌شود.] مثال: در بیع سلم: خود عقد علّت تامّه ضمان نیست، بلکه وقتی ثمن فی المجلس قبض شد، ضمان می‌آید و فروشنده ضامن است که در وقت خود مبیع را به مشتری تحویل دهد.

در بیع صرف: باز نفس عقد علّت تامّهٔ ضمان نیست بلکه تا تقابض فی المجلس نیامده ضمان نمی‌آید. بلکه در مطلق بیع [چه صرف و سلم و چه بیعهای دیگر] چنین است که تا قبض نیاید ضمانی نیست. زیرا قانونی داریم که: کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه، یعنی قبل از قبض اگر مبیع تلف شد ضرر به بایع می‌رسد، و مشتری ضامن نیست و باید ثمن را بایع به مشتری ردّ کند. پس تا قبض نیامده مشتری ضامنِ پرداختِ ثمن نیست.

قوله: فتأمّل:

مرحوم ایروانی فرموده:

> لعلّه اشارة الی انّ عدم ضمان المبیع قبل القبض لیس لنقصٍ فی سببیّة العقد بل العقد ینفسخ قبل التلف آناًمّا وینتقل المبیع الی مالکه الاوّل وینتقل الثمن الی المشتری ثم یتلف من ماله فلا بیع لا انّ البیع باقٍ ولا یؤثر فی الضمان حتّی یتحقق القبض[1]

و مانند بیع است، اجاره و نکاح و خلع: در هرکدام از اینها تا مثمن و معوّض به قبض طرف نرسیده باشد [از موجر به مستأجر، از زوج به زوجه، از زوجه به زوج] اگر تلف شد ضرر و خسارت را خود منتقلٌ عنه متحمّل می‌شود نه منتقل الیه، و او ضامن به عوض نخواهد بود. پس در موارد زیادی از عقود صحیحه چنین نیست که خود عقد علّت تامّهٔ ضمان باشد. وگرنه موارد مذکور

(۱) حاشیة المکاسب، ص۹۴.

نقض مطلب بود.

و امّا در عقد فاسد که همه جا چنین است یعنی هیچ جا خود عقد فاسد به تنهائی موجب ضمان نیست بلکه محتاج به قبض است و بعد از قبض ضمان می آید.

قوله: فجعل:

سئوال: اگر ضمان متوقف به قبض است پس چرا می گوید: **یضمن بفاسده** یعنی عقد فاسد سبب ضمان است؟ جواب اینکه ما عقد فاسد را سبب ضمان قرار می دهیم: یا بخاطر اینست که: عقد فاسد منشأ قبض و قبض سبب ضمان است. پس عقد فاسد سببِ سبب است. و یا از باب اینکه: واقعاً عقد فاسد مقتضیِ ضمان است ولی علّت تامه نیست. و شرط تأثیر آن در ضمان، قبض است، فالقبض شرط التأثیر، و بدین سان سببیّت را به عقد فاسد نسبت می دهیم.

قوله: ولذا:

شاهد براینکه: خود فاسد هم سبب ضمان واقع می شود، تعلیل شیخ طوسی و دیگران [شهید ثانی] است. که فرموده اند: در عقد فاسد مشتری ضامن است، بدلیل اینکه خودش اقدام برضمان کرده است.[1]

قوله: ولا ریب:

کیفیت استشهاد به تعلیل شیخ طوسی است: شیخ فرموده: او اقدام برضمان کرده و ما می گوئیم: این اقدام برضمان به سبب انشاء عقد فاسد بوده، پس عقد فاسد هم سبب ضمان مقبوض می گردد. و نحوهٔ سببیّت آن قبلاً ذکر شد.

قوله: والغرض:

سئوال: اینهمه اصرار براینکه مراد مطلق سببیّت است، و عقد فاسد هم

---

(۱) المبسوط، ج۲، ص۱۲۶.

سببیّت دارد، برای چیست؟

جواب: در رابطه با عقد فاسد سه احتمال متصور است:

۱ـ برخی توهّم کرده اند که: قیاس عقد فاسد به عقد صحیح باطل است [و نباید گفت: کلّ عقدٍ یضمن بصحیحه یضمن بفاسده که ضمان به عقد فاسد برضمان به عقد صحیحٍ متفرع و قیاس شده] زیرا در عقد صحیح خود عقد سبب ضمان است. ولی در عقد فاسد قبض سبب تامّ ضمان است.

شیخ اعظم می فرماید: از ما ذکرنا دفع این توهم روشن شد که در عقد صحیح هم همه جا خود عقد سبب تام نیست در عقد فاسد هم نحوهٔ سببیّت خود عقد را تصویر کردیم.

۲ـ برخی به مقتضای ظاهر قانونِ کل عقد... گفته اند: متبادر اینست که همه جا [چه در عقد صحیح و چه فاسد] خود عقد علّت تامّهٔ ضمان است. منتها عقد فاسد بدلیل خاص [اجماع و مانند آن] استثناء شده و در آنجا خود عقد علّت تامّه نیست. وگرنه علی القاعده باید در هردو خود عقد علّت ضمان باشد.

مرحوم شیخ می فرماید: این توهّم نیز باطل است. زیرا کاملاً روشن شد که در عقد صحیح هم خیلی جاها نفس عقد علّت تامّه نیست، بلکه قبض هم لازم است.

۳ـ مختار مرحوم شیخ این شد که: مراد مطلق سببیّت است. به بیانی که گذشت.

[آخرین کلمه در قاعدهٔ مذکور، کلمهٔ صحیح و فاسد است که به سبب وضوح معنای آن، مرحوم شیخ عنوان نکردند، صحیح یعنی عقد و معامله ای که تامّ الاجزاء و الشرائط باشد. و فاسد یعنی عقدی که فاقد برخی اجزاء یا شرائط باشد.]

قوله: ثم انّ المدرك:

تا اینجا مقام تصوّر و بیان مفاد قاعدۀ کل عقد... تمام شد. و امّا مقام تصدیق و بیان مدركِ قاعدۀ مذکور: قانون مذکور در کتاب یا سنّت یا اجماع که نیامده تا محتاج به اثبات نباشد، در لسان فقهاء و از زمان علاّمه ره[1] مطرح شده وَلذا باید دید: به کدام دلیل چنین ملازمه ای ثابت است که: کل عقدٍ یضمن بصحیحه یضمن بفاسده؟

مرحوم شهید ثانی در مسالک در مسئله رهنِ مشروط، دو دلیل برای قاعدۀ مذکور آورده است: امّا فرض مسئله: زید از خالد مبلغی قرض می خواهد، خالد وثیقه ای مطالبه می کند، زید فرشی را گرو می گذارد، خالد که مرتهن است می گوید: به این شرط رهن را قبول می کنم که پس از مدّت معین [مثلاً یکسال] اگر بدهیِ خود را ندادی این فرش بابت آن بدهی به من فروخته شده باشد [شرط نتیجه است، یعنی نمی گوید: بشرط اینکه پس از یکسال به من بفروشی که شرط فعل است، بلکه می گوید: پس از یکسال خود بخود به من مبیع باشد.]

حال این معامله فاسد است. هم رهن باطل است چون معلّق و مشروط است. و هم بیع باطل است چون بیع انشاء تملیک لازم دارد و معنا ندارد که خود به خود مبیع شود. ولی تا یکسال که رهن فاسد است ضمان ندارد، زیرا که صحیحِ آن ضمان آور نیست. و پس از آن بیع فاسد است. و ضمان دارد، چون صحیح البیع موجب ضمان است.

[لو قبضه المرتهن علی هذا الوجه ضمنه بعد الاجل لا قبل الاجل لانّه فی مدة الاجل رهن فاسد وبعده مبیع فاسد وفاسد کل عقد یتبع صحیحه فی الضمان وعدمه.]

حال شهید در مسئلۀ مذکور دو دلیل آورده:

---

(۱) تذکرة الفقهاء، ج۲، ص۳۲.

۱ـ قاعدهٔ اقدام: خود گیرنده [مرتهن دیروز و مشتری امروز] اقدام برضمان کرده، یعنی پس از یکسال که آن را به عنوان مبیع می گیرد، معنایش اینست که در قبال آن ثمن را به فروشنده بدهد که همان ما فی الذمّهٔ زید باشد. و هرکس خودش اقدام برضمان کند ضامن است.

۲ـ حدیث نبوی ﷺ: علی الید ما اخذت حتی تؤدّی: از عموم حدیث ید امانی خارج شد و ید معاملی در عموم حدیث باقی است. و پس از یکسال ید خالد ید معاملی است. پس ضامن است. و اگر فاسد درآمد باید مثل یا قیمت را بپردازد.[1]

قوله: والظاهر:

مرحوم شیخ می فرماید: به گمانم شهید ثانی در استدلال به قانون اقدام از جناب شیخ طوسی پیروی کرده است. و اوّلین کسی که قانون اقدام را اختراع کرده و در موارد متعدّدی بدان استناد کرده جناب شیخ طوسی است که در جاهای زیادی از بیع فاسد و اجارهٔ فاسد چنین فرموده: طرفین هرکدام اقدام برضمان به عوض المسمّی کرده اند؛ و پس از فاسد در آمدن بیع و اجاره، عوض المسمّی که به آنها منتقل نمی شود، نوبت به عوض واقعی یعنی مثل و قیمت می رسد. پس چون خودشان اقدام برضمان کرده اند باید از عهدهٔ مثل یا قیمت برآیند.[2]

قوله: وهذا الوجه:

مرحوم شیخ استدلال به قانون اقدام را قبول ندارد و در مجموع سه اشکال دارند:

۱ـ مقدّمه: مطلق الضمان کلی و قدر جامع است و دارای دو فرد است:

الف: ضمان به عوض المسمّی

---

(۱) مسالک الافهام، ج۱، ص۲۳۳.

(۲) المبسوط، ج۲، ص۱۲۶.

ب : ضمان به عوض واقعی که هرکدام خصوصیت دارند.

با این مقدّمه می گوئیم : درست است که طرفین اقدام برضمان می کنند، ولی نه اقدام برمطلق ضمان بلکه اقدام برضمان خاص که عوض المسمّی باشد، و فرض اینست که : با فاسد شدن عقد، عوض المسمّی به طرفین منتقل نمیَ شود و این ضمانت از بین می رود.

و امّا ضمان به فرد دیگر یعنی به عوض واقعی که مثل یا قیمت باشد، مورد اقدام نبوده و اگر هم ثابت شد یک حکم شرعی است که به دلیل خاص ثابت است و ربطی به اقدام ندارد. پس در واقع ما اَقْدَما علیه لم یحصل و ما حَصَل لم یُقدما علیه، به عبارت دیگر : ما قُصد «عوض المسمّی» لم یقع «لبطلان العقد» و ما وقع «عوض واقعی» لم یُقصد «بلکه بدلیل خارجی ثابت و واقع شده است» بنابراین برای اثبات ضمان به عوض واقعی به قاعده اقدام استناد کردن ناتمام است.

۲ـ مقدّمه : دلیل باید با مدّعا مساوی باشد نه اعمّ یا اخص مطلق یا من وجه، وگرنه این دلیل به درد آن مدّعا نخواهد خورد. با این مقدّمه، میان قانون اقدام با مدّعا که ضمانت باشد، عموم من وجه است، و چنین دلیلی مُثبت چنان مدّعائی نیست. بیان ذلک :

مادّهٔ افتراق از ناحیهٔ قاعدهٔ اقدام یعنی آنجا که اقدام برضمان باشد ولی ضمان نباشد، تلف مبیع قبل از قبض است. که از مال بایع بوده و به او ضرر می رسد و مشتری ضامن نیست. در اینجا اقدام برضمان هست چون مشتری با انشاء عقد ملتزم به پرداخت ثمن شد، ولی ضمان نیست. و مادّه افتراق از ناحیهٔ ضمان، یعنی ضمان هست ولی اقدام برضمان نیست. مانند سه مثال ذیل :

الف : مشتری در متن عقد شرط کند که اگر مبیع تلف شد بایع ضامن باشد،

و ضرری به مشتری وارد نشود، حتّی اگر تلف بعد از قبض باشد، چنین معامله ای فاسد است، و ضمان هست یعنی بعد از قبض و تلف شدن در دست مشتری، مشتری ضامن است و باید مثل یا قیمت بدهد، ولی اقدام برضمان نیست، چون از اوّل با شرط مذکور خود را تبرئه کرده است.

ب: فروشنده بگوید: بعتک بلاثمن و مشتری هم قبول کند. باز این معامله فاسد است و نزد مشهور، مشتری ضامن مثل یا قیمت است. در حالیکه اقدام برضمان نکرده است. و تنها علاّمه ره در اینجا اشکال کرده و دو وجه مطرح کرده است.[1]

ج: **اجارهٔ بلااجرت:** باز معامله فاسد است و مستأجر ضامن اجرة المثل است، در حالی که اقدام برضمان نکرده است. و تنها شهیدین در اینجا مخالفت کرده اند.[2]

و مادّهٔ اجتماعِ ضمان و اقدام در معاملات صحیحه بعد از قبض مبیع و در معاملات فاسده در غیر سه مورد مذکور است، که هم طرفین اقدام برضمان دارند و هم ضامن به مسمّی یا ضامن واقعی هستند.

۳ـ قوله: مع انّه:

قانون اقدام خود نیازمند دلیل و مدرك است و دلیلی ندارد، پس چگونه آن را مدركِ قانون کلّ عقد یضمن ... قرار دهیم؟

وَ بالجمله: قاعدهٔ مذکور علاوه براینکه پشتوانه ندارد، و ما دلیلی برآن نیافتیم، طرداً وعکساً منقوض است یعنی نه مانع اغیار است که هرجا اقدام نبود ضمان نباشد. [دیدیم که گاهی چنین نیست.] و نه جامع افراد است که هرجا اقدام بود ضمان باشد. پس مادّهٔ نقض دارد.

---

(۱) المبسوط، ج۳، ص۲۴۳.

(۲) مسالک الافهام، ج۱، ص۳۲۲ و حاشیهٔ خطی شهید اوّل بر قواعد.

قوله: وامّا خبر:

دلیل دوّمی که شهید ثانی برای قانونِ کلّ عقد ... آورد، حدیث علی الید بود. مرحوم شیخ می فرماید: ما نیز دلالت این حدیث را قبول داریم و سابقاً هم در اوّل مسئله برای اثبات ضمانِ مقبوض به بیع فاسد، از آن ضمان را استفاده کردیم، و اشکال سندیِ آن را هم دفعَ کردیم [حدیث عامی است ولی مشهور فقهاء به آن عمل کرده اند.] ولی ایرادی که حدیث مذکور دارد اینست که تمام مطلوب را ثابت نمی کند.

بیان ذلک:

بحث ما در قانون کل عقد یضمن ... اختصاص به اعیان ندارد بلکه منافع را شامل است عمل شخص حرّ [اجاره برعمل] را شامل است، در تمام موارد می گوئیم: صحیح اینها ضمان آور است فاسدشان هم ضمان آور است. ولی حدیث علی الید به دلیل اینکه موضوعش «ما اخذت» می باشد و ظهور در عین خارجی دارد [چون عین است که قابل اخذ است منافع و اعمال قابل اخذ نیستند بلکه اموری هستند که تدریجاً موجود و معدوم می شوند.] و تنها در بیع که مبیع عینی از اعیان است دلالت برضمان می کند. و شامل اجاره برعین و عمل نمی شود.

قوله: اللّهم:

مگر کسی در باب منافع و اعمال به دو قاعدهٔ دیگر تمسّک کند:

۱ـ قاعدهٔ احترام مالِ مسلم و عمل او: این قاعده از چندین طائفه روایت مستفاد است:

الف: اخباری که می گوید: لا یحلّ مال امرءِ الاّ عن طیب نفسه[۱]

---

(۱) مصباح الفقاهة، ج۲، ص۱۳۷ و۱۳۸ پاورقی.

ب: اخباری که می گوید: حرمة مال المسلم کحرمة دمه[۱]

ج: اخباری که می گوید: لا یصلح ذهاب حقّ احدٍ[۲]

۲ـ قاعدهٔ لا ضرر: که از روایات مستفاد است:

[عن زرارة عن ابی جعفر عليه السلام فی قضية سمرة بن جندب، عن رسول الله صلى الله عليه وآله: لا ضرر، ولا ضرار، وعن النبی صلى الله عليه وآله: لا ضرر ولا ضرار فی الاسلام. و...[۳]]

از این دو دسته قانون استفاده می شود که مال مسلمان محترم است و باید بهای آن پرداخت شود، عمل مسلم محترم است و نباید ضرری متوجّه او شود. مگر اقدام مجّانی و تبرّعی باشد، که علی الفرض نیست. معامله است، پس باید جبران شود و اجرة المثل داده شود. پس به کمک سه قانون: علی الید، احترام مال مسلم، لا ضرر، حکم ضمان در هر عقد فاسدی روشن می شود. وهو المطلوب.

قوله: ثم انّه:

مقدّمه: از فراز قبلی روشن شد که قاعدهٔ کلّ عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده دائرهٔ وسیعی دارد و هریک از معاوضه برعین و منفعت و عمل را شامل می شود.

امّا معاوضه برعین: مانند صلح معوّض برعینی از اعیان، هبهٔ معوّضه برعینی از اعیان.

بنابراینکه نوعی معاوضه باشد، و بیع که همیشه برعین تعلّق می گیرد، و مبیع از اعیان است.

و امّا معاوضه برمنفعت: مانند صلح معوض برمنفعتی از منافع، هبهٔ

---

(۱) وسائل الشیعه، ج۸، باب۱۵۲، ص۵۹۹، حدیث۱۲ و باب ۱۵۸، ص۶۱۰، حدیث۳.

(۲) وسائل الشیعه، ج۱۳، ص۳۹۰، باب۲۰، حدیث۱ و۳ و۵.

(۳) مصباح الفقاهة، ج۳، ص۹۳ و۹۴ و تهذیب الاحکام، ج۷، ص۱۴۶، حدیث۳۶ و... .

کذائی، و اجاره برعین که همیشه به منفعت آن تعلق می گیرد.

و اما معاوضه برعمل مانند عامل در باب جعاله و عمل حدّ در باب اجاره بر عمل که شخصی اجیر می شود و برای دیگری خیاطی، بنّایی و... می کند.

حال در تمام این موارد صحیح العقد موجب ضمان است. و به حکم قانون مذکور، فاسد آن هم باعث ضمان است. منتها دلیل ضمان در معاوضه برعین، قانون علی الید است و در معاوضه برمنفعت قانون احترام مال مسلم، و در معاوضه بر عمل قانون لا ضرر است.

و امّا قانون اقدام که در هریک از سه مورد مذکور می توانست دلیل باشد، ردّ شد.

با این مقدّمه، مرحوم شیخ می فرماید: بعید نیست که غرض شیخ طوسی و پیروان او از استدلال به قاعدهٔ اقدام، تکمیل و تتمیمِ استدلال به قانون ید و احترام ولا ضرر باشد، نه ذکر دلیل مستقلّ برضمان.

بیان ذلک: هریک از سه قانونِ مذکور، مقتضی از برای ضمان هستند و نه علّت تامّه، یعنی چنین نیست که به صرف اینکه کسی برمال دیگری یَدْ پیدا کرد ضامن هم باشد. بلکه ای چه بسا ید باشد و ضمان نباشد همانند مواردی که شخص مجّاناً مال دیگری را اخذ کرده، یا به عنوان هبه، عاریه، امانت، وکالت و... در تمام اینها یَدْ برمال دیگری هست ولی ضمان بالاتّفاق نیست. پس ید علّت تامّهٔ ضمان نیست. و نیز مجرّد احترام مال مسلم علت تامّهٔ ضمان نیست.

زیرا ای چه بسا شخص، مال مسلمان را مجّاناً تسلّم و قبول کرده باشد. [به عنوان هبه و مانند آن] و نیز قانونِ لا ضرر که می گوید: نباید مسلمان متضرّر شود، علّت تامّهٔ ضمانِ مستأجر در مقابل عملِ اجیر نیست.

زیرا چه بسا مسلمَان برای مسلمان دیگر تبرّعاً و مجّاناً کاری انجام داده باشد و... .

خلاصه اینکه: سه قانون مذکور مقتضیِ ضمان هستند، و خاصیّت مقتضی آنست که: اگر مانعی نباشد تأثیر خود را می گذارد، و مع المانع اثر ندارد، و موانع عبارت شد از اخذ و قبول مجّانی عمل تبرّعی و ...

حال از کجا بفهمیم که این موانع مفقود است؟ به برکت قانونِ اقدام، یعنی می گوئیم: طرفین خودشان اقدام برضمان کرده اند پس سخن از تَسلیط واخذ مجّانی و اقدام تبرّعی نیست. پس نقش قاعدهٔ اقدام عبارت شد از رفع مانع، و وقتی عدم المانع محرز شد، آنگاه مقتضی تأثیر خود را می گذارد، و علی الید و احترام مال مسلم و لا ضرر، حکم به ضمان می کند پس نیاز به قانون اقدام داریم ولی نه به صورت یک دلیل مستقلّ، بلکه متمّمِ دلیل علی الید و ... .

قوله: نعم:

استناد شیخ طوسی به قانون اقدام را توجیه کرده و پذیرفتیم ولی از کلام شهید ثانی در مسالک استفاده می شود که قانون اقدام یک دلیل مستقلی در عرض قاعده علی الید است و اشکالات ثلاثه ای که قبلاً به قانون اقدام داشتیم برشهید ثانی وارد است.

قوله: ویبقی الکلام:

تا به حال وضعِ اعیانِ مضمونه و منافعِ مضمونه [البته منافع یا مستوفات است و یا غیر مستوفات که مبَسوطاً در امر سوّم از متفرعاتِ مقبوض به عقد فاسد خواهدآمد.] و عمل حرّ در باب اجاره و جعاله، روشَن شد. و اینک کلام در برخی از اعمالی است که شخص شرعاً نسبت به آنها ضامن است [البته به فتوای عدّه ای] بدون اینکه از آن عمل نفعی عائد ضامن شود، و بدون اینکه عمل به امر او باشد.

مثلاً دو نفر هرکدام مبلغی را متعهّد می شوند و یا یکی از آندو مالی را به عهده می گیرد و با یکدیگر مسابقه می گذارند تا هرکس برنده شد آن مبلغ از آن او باشد.

حال اگر مسابقه یا مرامات صحیح باشد، بدلیل خاص، ضامن و متعهّد باید مبلغ مذکور را به برنده بپردازد. ولی اگر مسابقه فاسد بود در اینجا عمل و سبقت به نفع ضامن نیست تا علی القاعده ضامن باشد. و نیز به امر او هم نیست تا ضامن باشد [حیث انّ سبق کلٍ منهما خلاف مقصود الآخر فکیف یامر به ذلک الآخر] مشمول علی الید هم که نیست. چون ضامن برمال کسی ید پیدا نکرده و مشمول قاعدهٔ احترام مال مسلمان هم نیست، چون ضامن مال کسی را نخورده و از آن استفاده ای نکرده است. و مشمول قاعدهٔ لا ضرر هم نیست، چون اگر به برنده چیزی هم ندهد او متضرّر نشده است.

پس تنها مدرکی که می ماند قانون اقدام است که چون ضامن اقدام برضمان کرده است باید از عهده برآید، و قانون اقدام هم که ردّ شد، اینست که می فرمایند: ویبقی الکلام حینئذٍ [ای حین ان لم یکن الاقدام دلیلاً مستقلاً] فی بعض الاعمال ... .

حال راجع به این اعمال مضمونه در مسابقهٔ فاسد چه بگوئیم؟ دو نظر مطرح است:

۱ـ شیخ طوسی(۱) و محقق اول(۲) و دیگران فرموده اند: برنده نه استحقاق عوض المسمّی را دارد [چون معامله فاسد است.] و نه اجرة المثل را [چون دلیلی برضمان نیست.]

۲ـ عدّهٔ دیگری از فقهاء فرموده اند: ضامن باید اجرة المثل را بپردازد.

قوله: ووجهه:

دلیل قول اوّل یا عدم ضمان: اگر عمل یک عملی بود که نفعش به باذل و ضامن برمی گشت، قانون احترام مال مسلم و عمل او [که عمل هم از اموال

---

(۱) المبسوط، ج۶، ص۳۰۲.

(۲) شرائع، ج۱، ص۲۴۰.

است.] حکم به ضمان می کرد. [همانند منافع مستوفات که به زودی ضمان نسبت به آن خواهدآمد.] ولی فرض اینست که: عمل نه به نفع ضامن است و نه به امر او، و نه منافعی از آن استیفاء کرده است. و نه به کسی ضرر زده است و نه مال کسی دست او است. پس علی القاعده باید بگوئیم: ضامن نیست.

آری در خصوص مسابقهٔ صحیح به دلیل خاص و روی اهداف مخصوص [الصحیح منها انّما یوجب الضمان من جهة امضاء الشارع هذه المغالبة، لاجل الاهتمام بامر الجهاد مع الکفار، حیث انّ فی المسابقه والمرامات تمریناً للحرب، وتهیئاً الیها ...] ضامن است، ولو نفعی به او عود نکند، ولی در مسابقهٔ فاسد، ضمانت هم خلاف قاعده است [لانّه بذل مالٍ فی مقابل عملٍ لا ینفع الباذل] وهم دلیل خاص ندارد. پس وجهی برای ضمان نیست.

وتمام الکلام فی بابه: ای بابه السبق والرمایة.

قوله: ثم انّه:

آخرین نکته: قبض و اقباضی که به دنبال عقد فاسد انجام می گیرد، چهار فرض دارد:

۱ـ هریک از دافع [مثلاً بایع] و قابض [مثلاً مشتری] عالم به فساد عقد می باشد و معذلک اقباض می شود.

۲ـ هریک از دهنده و گیرنده جاهل به فساد بوده و به خیال صحّت، قبض و اقباض می کنند.

۳ـ دهنده جاهل به فساد است، ولی گیرنده با علم به فساد قبض می کند.

۴ـ دهنده عالم به فساد است و گیرنده جاهل به فساد است.

مرحوم شیخ می فرماید: در تمام این صور اگر مال مقبوض در دست قابض تلف شد، ضامن به مثل یا قیمت است.

و تفاوتی میان فرض علم یا جهل او، علم قابض یا جهل او نیست.

به دو دلیل:

۱ـ عموم قانون علی الید و قانون احترام و قانون لا ضرر، که فرقی میان فرض علم و جهل نمی گذارند.

۲ـ فتاوای فقهاء نیز اطلاق دارد و فرموده اند: لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد کان ضامناً و تقیید به جهل یا علم نکرده اند.

سپس به سه توهّم و جواب آنها اشاره می کنند که هرسه در رابطه با فرض چهارم است:

۱ـ قوله: وتوهّم:

در فرض اخیر دافع وقتی با علم به فساد متاع را می دهد، در واقع با دست خود مشتری را به مالش مسلّط می کند و تسلیط مجّانی است [همانند اباحهٔ طعام برای ضیف] و مشتریِ جاهل هم که مقصّر نیست. پس اگر تلف یا اتلاف نشد نباید ضامن باشد.

جواب: اطلاق نصوص و فتاوی این توهم را دفع می کند.

۲ـ قوله: ولیس:

قانونی در فقه داریم به عنوانِ: المغرور یرجع الی من غرّه، یعنی مغرور و فریب خورده به غارّ و فریب دهنده و یا در جهل افکننده رجوع می کند، و در صورت علم دافع و جهل قابض، دافع غارّو قابض مغرور است. و جاهلِ مغرور اگرچه مال عالمِ غارّ را ضامن است [لاجل الید و للاتلاف ایضاً لو اتلفه] منتها مغرور هم حق رجوع به غارّ دارد و در نتیجه حق رجوع هریک به دیگری تهاتر می کند و نتیجهٔ نهائی عدم ضمانِ مغرور است، یعنی برجاهل لازم نیست بدل مالِ تالف را بپردازد.

مرحوم شیخ می فرماید: خیر جاهل به فساد در ما نحن فیه مغرور نیست و از مصادیق قانون مذکور نمی باشد زیرا که: قابض با قصد و عزم و جدّ اقدام برضمان

کرده [و جاهل به ثمن یا مثمن نبوده تا بیع غرری و وی مغرور باشد.] [مضافاً به اینکه: مقتضای قانون مذکور عدم الضمان رأساً نیست بلکه عدم استقرار ضمان است. یعنی صاحب متاع حق رجوع دارد، ولی مغرور هم متقابلاً حقّ رجوع دارد. و استقرار ضمان برغارّ است، نه اینکه ابتداءً ضمانتی برمغرور نباشد، و بحث ما در دوّمی است نه اوّلی که استقرار باشد.]

۳ـ قوله: وتسلیط:

آیا اینکه دافع با علم به فساد مالش را به دیگری دفع می کند بدان معنا نیست که: این مالِ من نزد شما امانت یا عاریه و... باشد، و در نتیجه قابض ضامن نباشد؟ جوابش اینست که: خیر، اگر از خود دافع هم بپرسی: به چه عنوان دفع می کنی؟ خواهد گفت: به عنوان اینکه معامله ای شده و ملک قابض است. [و اعتنائی به فساد شرعی ندارد و یا تشریعاً و بدعةً می گوید: صحیح است.] نه به عنوان امانت و عاریه و... پس سخن از امانت مالکی نیست تا گیرنده ضامن نباشد.

قوله: ولذا:

شاهد براینکه عاریه و تسلیط مجانی نیست، آنست که: اگر عاریه و مانند آن بود که قابض حقّ داشت بگیرد و تصرف کند، در حالی که در مال مذکور حقّ تصرف ندارد [البته اگر تصرّف او پس از علم به فساد باشد حرام فعلی هم هست و عقاب دارد و اگر قبل از علم باشد عقاب ندارد، ولی در واقع حرام است.]

نتیجه: در همهٔ چهار فرض، قابض ضامن است.

ضمناً تتمّهٔ این بحث در باب بیع فضولی در مسئلهٔ بیع غاصب مال مغصوب را با علم مشتری به غصبیّت، خواهد آمد. [که اگر مشتری متاعی را از بایعی خریداری کند، و بایع فضولی باشد، ولی مشتری خبر نداشته، اینجا مالک حق دارد امضاء یا ردّ کند، و اگر امضاء کرد ثمن مال او می شود، ولی اگر ردّ کرد،

مشتری پولی را که به بایع فضولی داده پس می گیرد. و امّا اگر عالم به فضولی بوده و معذلک خریده و پول داده آیا حق دارد ثمن را پس بگیرد یا نه؟

جمعی گفته اند: نه حق ندارد چون علم داشته و بدست خودش ثمن را داده، و شیخ اعظم در آنجا خواهد فرمود: ضامن است بلافرقٍ بین العلم والجهل]

قوله: هذا:

بحثهائی که تا به حال شد در رابطه با اصل قاعده یعنی کل عقدٍ یضمن بصحیحه یضمن بفاسده بود و در دو مقام بحث شد: ۱ـ مفاد قاعده ۲ـ مدرَكِ آن.

(وامّا عکس)

قوله: وامّا عکسها:

عکس قاعدهٔ مذکور آنست که: و کلّ عقدٍ لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده در رابطه با این قضیّهٔ کلیّه نیز در مقام دو بحث وجود دارد: ۱ـ مُفاد آن ۲ـ مدرك آن. امّا مفاد قاعده: کلمات و مفرداتِ این قضیّه در قاعدهٔ اصل [کل عقد یضمن ...] مبسوطاً بیان شد و در اینجا آنهاَ را تکرار نمی کنند، فقط بطور کلّی می فرمایند: مفاد قاعدهٔ عکس اینست: هر عقدی که صحیح آن موجِب ضمان نسبت به مورد عقد [به فرمودهٔ مرحوم شهیدی: مراده من

مورد العقد اعمّ من نفس ما تعلّق به العقد ومن متعلّقه فیعمّ العین المستأجرة التی هی متعلق و مورد لمّا تعلّق به عقد اجارة و هو المنفعة لا خصوص متعلقه و مورده. [1]

خلاصه اینکه مراد از مورد عقد اعمّ است از چیزی که مستقیماً متعلّق عقد است مثل منفعت در باب اجارة، و چیزی که متعلّق متعلّق است. و غیر مستقیم متعلّق عقد است مثل عین مستأجره که اجاره به منفعت و منفعت به عین تعلّق دارد.

---

(۱) هدایة الطالب، ص۲۱۵.

و شاهد این تعمیم در ادامه خواهد آمد.] نیست. فاسدِ چنین عقدی هم مفید ضمان نخواهد بود [لا یفید ضماناً، نکره در سیاق نفی است، یعنی هیچ ضمانی را افاده نمی کند نه ضمان مورد عقد را و نه غیر آن را] چند مثال:

۱ـ عقد رهن: اگر چنین عقدی صحیح باشد، عین مرهونه در دست مرتهن امانت بوده و ضامن نیست. حال اگر فاسد هم باشد، باز مرتهن امین است ولیس علی الامین الاّ الیمین، پس ضامن نیست. مگر افراط یا تفریط کند و مسببِ تلف گردد که در حقیقت اتلاف است نه تلف، و از بحث خارج است.

۲ـ عقد وکالت: اگر چنین عقدی صحیح باشد، وکیل امینِ موکّل است و ضامن نیست. حال اگر عقد وکالت فاسد درآید، باز وکیل ضامن نیست. زیرا که: لا یُضمن بصحیحه، فلا یضمن بفاسده.

۳ـ عقد مضاربه: اگر این عقد صحیح باشد عامل مُضارب امین است و ضامن نیست. پس اگر فاسد هم بود باز مطلب همین است و عامل مضارب ضامن نیست.

۴ـ عقد عاریه: صنفی از عاریه که عاریهٔ ذهب و فضه باشد به حکم روایات[1] صحیحِ آن موجبِ ضمان است. پس فاسدش هم ضمان‌آور خواهد بود، و در اصل قاعده داخل است.

ولی صنف دیگر آن یعنی عاریهٔ اشیاء دیگر، صحیحش موجب ضمانِ مستعیر نسبت به عین مُعارة نیست. فاسدش هم موجب ضمان نخواهد بود، و در عکسِ قاعده داخل است. و بلکه عاریه ای هم که مضمونه باشد ولی ضمانت در آن به سبب شرط ضمن عقد باشد نه به نفس عقد، [در عاریهٔ غیر ذهب و فضّه اگر شرط ضمان کند مستعیر ضامن است وگرنه، نه.] باز فاسدِ آن ضمان‌آور نیست.

---

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۳، ص۲۳۹ و۲۴۰، حدیث۱ و۲ و۳ و۴، باب سوّم از ابواب احکام عاریه.

اگرچه صحیحِ آن به حکم شرط ضمان‌آور باشد. و دلیل عدم ضمان آنست که: تبعیت عقد فاسد از عقد صحیح در ضمان آنجائی است که عقدی بنفسه و فی ذاته مقتضیِ ضمان باشد، نه عقدی که بشرط موجب ضمان است. و در عاریهٔ مزبور شرط ضمنی ضمان‌آور بود نه خود عقد.

۴ـ و غیر ذلک از عقود لازمه [مثل اجاره که مبسوطاً مطرح خواهد شد.] و جایزه [مثل هبه که صحیح آن ضمان‌آور نیست. فاسدش هم کذلک.]

قوله: : ثمّ انّ:

در باب اجاره، اجارهٔ صحیح نسبت به خود منفعت ضمان‌آور است، فاسدش هم چنین خواهد بود، ولی نسبت به عین مستأجرة صحیحِ اجاره ضمان‌آور نیست، آیا فاسدش ضمان‌آور هست یا نه؟ شیخ اعظم می فرماید: از معنائی که برای عکس آوردیم [با تفسیری که از کلمهٔ مورده داشتیم.] روشن می شود که در اجارهٔ فاسد مستأجر نسبت به عین مستأجره ضامن نیست. چون صحیحِ آن ضمان‌آور نبود، و ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده، ولی کلاً در این رابطه دو نظریه وجود دارد:

۱ـ عدّه ای از فقهاء فتوی به عدم ضمان داده اند، برخی به صراحت، از قبیل: علاّمه در قواعد[۱] و تحریر[۲] و از تذکرهٔ او نیز حکایت شده[۳] و برخی اطلاق کلامشان عین مستأجره را می گیرد.

۲ـ صاحب ریاض به صراحت در کتاب خود[۴] فتوی به ضمان داده و فرموده: مستأجر به اجارهٔ فاسد، عین مورد اجاره را ضامن است. و از بعضی

---

(۱) قواعد الاحکام، ج۱، ص۲۳۴.
(۲) تحریر الاحکام، ج۱، ص۲۵۲.
(۳) تذکرة الفقهاء، ج۲، ص۳۱۸.
(۴) ریاض المسائل، ج۲، ص۸.

فقهاء این مطلب را نقل کرده که: وی حکم به ضمان را به کلام اصحاب منتسب کرده و فرموده: از کلام اصحاب این امر مفهوم است.

مرحوم شیخ می فرماید: مراد صاحب ریاض از این بعض، جناب محقّق اردبیلی در مجمع الفائدة است[1]

سپس در کمال تعجّب می فرماید: چقدر فاصله است میان این کلام [که به اصحاب ضمان را نسبت داد.] و میان کلامِ محقّق ثانی در جامع المقاصد،[2] که در باب غصب از کتابش فرموده: آنچه از کلام فقهاء آشکار می گردد، عدم ضمان مستأجر نسبت به عین مستأجره است. که اگر اجاره ای فاسد بود، و در سایهٔ استیفاء منفعت، عین تلف شد، ضامن نیست.

قوله: والّذی:

محقق ثانی فرموده: آنچه که نظر فقیه طبق قواعد و ضوابط فقهی او را بدان سومی کشانده مسئله ضمانت است. یعنی مستأجر ضامنِ عین مستأجر است. بدلیل اینکه با فرض فساد اجاره، وی مجوّزی برای تصرف ندارد و تصرّف جایز نیست، [اگربا علم به فساد تصرّف کرده حرام منجّز است و عقاب دارد، و اگر با جهل به فساد تصرّف کرده ولو در واقع حرام است ولی به درجهٔ تنجّز نمی رسد.] زیرا وی غاصب است و چنین تصرّفی غصب است [یعنی بدون مجوّز شرعی در مال کسی تصرف کردن.] و غاصب هم که ضامن است.

پس به مقتضای قواعد وی ضامن است.

منتها مطلب دیگری هم وجود دارد و آن اینکه: اجارهٔ صحیح موجب ضمان نسبت به عین مستأجره نبود، و قاعده هم اینست که: وکل عقدٍ لا یضمن بصحیحه... پس در اجارهٔ فاسد هم نباید ضامن باشد، و قانونِ اقدام هم

---

(۱) مجمع الفائدة والبرهان، ج۱۰، ص۵۰.
(۲) جامع المقاصد، ج۶، ص۲۱۶.

می گوید: مستأجر نسبت به عین اقدام بر ضمان نکرده و استیلاء بر آن و ید به نحو ضمان هم که ندارد، پس نباید ضامن باشد. و لااقلّ در برخورد قواعدی که موجب ضمان است با قواعدی که موجب ضمان نیست. ما شکّ در ضمان می کنیم و از اصل برائت استفاده می کنیم. پس مستأجر نسبت به عین مستأجره ضامن نیست.

سپس برای تکمیل بحث فرموده: عین مستأجره در اجارهٔ فاسد مثل عین مرهونه در رهن فاسد است. و همانطور که فساد رهن سبب ضمان مرتهن نسبت به عین مرهونه نمی شود، هکذا فساد اجاره هم سبب ضمان مستأجر نسبت به عین مستأجره نمی شود.

قوله: ولعلّ:

پس در رابطه با ضمان دو نظریه عنوان شد، مرحوم شیخ در این فراز اشاره ای به ادلّهٔ ضمان داشته و می فرمایند: شاید دلیل حکم به ضمانِ عین مستأجره یکی از دو امر ذیل باشد:

۱ـ مسئلهٔ عین مستأجره تخصّصاً و موضوعاً از قانون: ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده خارج است.

بیان ذلک: قاعدهٔ اصل و عکس که سخن از ضمان و عدم ضمان دارند، موردشان همان چیزی است که مستقیماً مورد و متعلّق عقد است، و مراد از کلّ عقد یُضمن... مورد عقد است. و در مسئلهٔ ما مورد و متعلّق عقد اجاره منفعت است نه عین مستأجرة، و وقتی عین مستأجره مورد اجاره و عقد آن نبود، پس مشمول قاعدهٔ اصل یا عکس هم نخواهد بود، و در نتیجه باید به مقتضای قواعد دیگر فقهی با آن برخورد شود، و مقتضای قاعده اینست که: اگر عقد اجاره صحیح باشد، عین مستأجره در دست مستأجر امانت خواهد بود، هم امانتِ مالکی و هم امانت شرعی، ولا ریب در اینکه انسان امین ضامن نیست. ولیس

علی الامین الاّ الیمین.

ولی اگر عقد اجاره فاسد بود [که مورد بحث است] مجوّزی برای اخذِ عین مستأجره نیست. زیرا فرض اینست که: مالک که خانه را به مستأجر می دَهد، بنابر اینست که خیال می کند او استحقاق دارد، و در واقع عقد فاسد است و او استحقاق ندارد، و شرع آن را امضاء نکرده، پس یَدِ مستأجر برعینِ مستأجره در اجارهٔ فاسد، ید عدوانی [یعنی غیرامانی] خواهد بود و اطلاق علی الید ما اخذت، یَدِ او را شامل می شود، و ید عدوانی هم که ضمان آور است. [اینست وجه ضَمان مستأجر نسبت به عین مورد اجاره]

۲ـ مسئلهٔ عین مستأجره موضوعاً داخل در قانون عکس است [براساس همان معنائی که از کلمهٔ مورده قبلاً داشتیم که اعمّ از متعلّق و متعلّقِ متعلّق بود.] ولی حکماً و تخصیصاً خارج شده، زیرا که علی الید چنین یدی را شامل می شود و در نتیجه موجب تخصیص عمومِ قاعدهٔ مذکور می شود. و مامن عامّ الاّ وقد خصّ.

[نکته: مرحوم شهیدی فرموده: ما نیز قبول داریم که عموم علی الید با عموم قاعدهٔ ما لا یضمن معارض است ولی نه به صورت عام و خاص مطلق، بلکه بطور العموم من وجه کما صرّح به صاحب الجواهر فالمرجع بعد التساقط فی مورد التعارض مثل ما نحن فیه هو البرائة، لا بطور العموم المطلق بان یکون قاعدة الید اخص منها فتقدم علیها فیحکم بالضمان کما هو الظاهر من المنصف... والعموم من وجه: لصدق قاعدة الید بدون قاعدة ما لا یضمن کما فی غیر موارد العقد وصدق الثانیة بدون الاولی کما فی مورد العاریة المضمونة بالنسبة الی المنافع حیث انّ المنفعة لا ترد علیها الید.[1]

قوله: والاقوی:

عقیدهٔ خود مرحوم شیخ آنست که: مستأجر ضامن عین مستأجرهٔ نیست. و

---

(۱) هدایة الطالب، ص۲۱۶.

عین مستأجره مشمول قانون کل عقد لا یضمن ... می باشد [بنابر تعمیم کلمهٔ مورده] و نه تخصیصی در کار است [چون علی الید اخص من وجه است نه خاص مطلق] و نه تخصّص و خروج موضوعی [چون مورده را تعمیم دادیم.] پس کاملاً عدم ضمان عین مستأجره علی القاعده و قانون است.

قوله: ثمّ انّه:

تا اینجا با مفاد قاعدهٔ عکس آشنا شدیم، در این فراز می گوئیم: به کلیّت و عمومیّت قاعدهٔ مذکور اشکالاتی وارد شده و موادّ نقضی برای آن ذکر شده که برخی از آنها قابل دفع است ولی پاره ای از اشکالات وارد است. و چهار مورد از این موارد را ذکر می کنند:

۱ـ **استعارهٔ مُحرم:** از نظر تکلیفی برشخص محرم صید حرام است و قرآن می گوید: **﴿وحرم علیکم صید البرّ مادمتم حرماً﴾**[1] و نیز می گوید: **﴿واذا حللتم فاصطادوا﴾**[2] و نیز می فرماید: **﴿لا تقتلوا الصید وانتم حرم﴾**[1] آنهم جمیع تقلّبات در آن [از اصطیاد و حیازت و تملک و بیع وشراء و اعاره و استعاره و استیمان و امساك و ...] حرام است. و از نظر وضعی هم محرم مالک صید نمی شود، و حتی اگر قبل از احرام آن را صید کرده و مالک شده ولی به مجرّد احرام از ملک او درمی آید و واجب است آن را رها کند و ...

حال مسئله چهار صورت دارد:

الف: استعارهٔ مُحِلّ از مُحِلّ: این قسم بلا مانع است، زیرا محلّ مالک صید است و شرعاً ارسال صَید در او واجب نیست و مالک حق دارد مال خود را به محلّ دیگر که مانعی ندارد عاریه دهد. [البته به فرمودهٔ امام خمینی سلام اللّه علیه: ولابد من فرض الکلام فی اعارته خارج الحرم، وهو موضوع کلام القوم، حیث جعلوا المانع عدم جواز امساك المستعیر المحرم، اذ فی الحرم لا یجوز

(۱ـ۳) سورهٔ مائده، آیهٔ ۹۴ تا ۹۶.

الاعارة ایضاً، بل یجب الارسال علی المحل و المحرم.[1]]

ب: **استعارهٔ محرم از محرم**: به فرمودهٔ مرحوم شهیدی: وان استعار المحرم من المحرم وجب علی علیه ارساله و یحرم امساکه لانّ حرمة الصید بمعنی الاصطیاد اعمّ من الاحداث و الابقاء الذی منه الاعارة والاستعارة، و تفسد الاستعارة و لا ضمان للمعیر علی المستعیر اصلاً لانّ نسبته الیهما بالقیاس الی عدم الملکیة و حرمة التصرف و الانتفاع به علی حدّ سواء و لزم علی کل منهما کفارة علیحدة[2]

ج: **استعارهٔ محلّ از محرم**: باز به قول شهیدی: فاذا استعاره المحلّ من المحرم یملکه بالاستعارة والاخذ ان قصد التملک والاّ فهو من المباحات فی یده یلزم علی المعیر الفداء والکفارة.[3]

د: **استعارهٔ محرم از محلّ**: فرض مسئله اینجا است: بلا اشکال این استعاره تکلیفاً حرام است [لصدق الاصطیاد علیها] ولی آیا وضعاً فاسد است یا صحیح؟ باطل است. نه به خاطر اینکه نهی در معاملات [به معنای اعمّ کلمه که عاریه را هم شامل می شود.] موجب فساد است، تا کسی بگوید: ما این مبنا را قبول نداریم. بلکه به خاطر اینکه: قوام عاریه به جواز انتفاعِ مستعیر از مُعار است و در فرض مورد بحث این جواز منتفی است [لحرمة الامساك المتوقف علیه الانتفاع، امّا لوجوب ارساله شرعاً کما هو صریح التذکرة و امّا لوجوب ردّه الی المالک المِحل تقدیماً لحق الادمی علی حق اللّه عند التعارض کما اختاره صاحب الحدائق.]

حال بنابر اینکه عاریهٔ مذکور فاسد باشد، فقهاء فتوی به ضمان داده اند و

---

(۱) کتاب البیع، ج۱، ص۳۰۲.

(۲) هدایة الطالب، ص۲۱۷.

(۳) هدایة الطالب، ص۲۱۷.

فرموده‌اند: محرم باید قیمت صید را به محلّ بپردازد. در حالی که اگر عاریه صحیح بود ضمان آور نبود، و برهمین اساس که صحیح عاریه لا یضمن، مرحوم شهید ثانی فرموده: چه عاریه صحیح باشد و چه فاسد، ضمان مشکل است.[۱] و اشکال اینست که:

شما گفتید: کل عقد لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده، درحالی که در فرع و فرض مذکور، صحیح عاریه ضمان‌آور نیست. ولی فاسد آن ضمان آور شده است. فبعض العقود لا یضمن بصحیحه و لکن یضمن بفاسده و این مادّهٔ نقض است.

قوله: الاّ ان یقال:

در این فراز در صدد دفع نقض مذکور برآمده و می فرماید: مقدّمه: بحثی است که برمُحرم که امساك صید حرام است، آیا شرعاً واجب است آن را به ملک اصلی برگرداند و ارسال حرام است؟ یا شرعاً بلا فاصله باید صید را رها کند و قیمت آن به عهدهٔ محرم می آید؟ فعلاً فرض مسئله بنابر وجوب ارسال و اداء قیمت است.

با این مقدمه می فرماید: اینکه محرم ضامن صید است، برای آنست که: تا عاریه گرفت، شرعاً مجبور به ارسال است و باید رها کند و در نتیجه محرم با دست خود موجب اتلاف مال محلّ گردیده و از باب وجوب اتلافِ تعبدّی ضامن است. و در حقیقت ضمان بالاتلاف است، نه ضمان بالتلف، و فَرض بحث ما در ضمان بالتلف است. پس این مورد نقض برما نبوده و از ما نحن فیه اجنبی است.

۲ـ قوله: و یشکل:

مادّهٔ نقض دوّم: اگر بیعی صحیح بود مشتری تنها ضامن عین است و در

(۱) مسالک الافهام، ج۱، ص۳۱۴.

مقابل عین مبیع باید ثمن المسمّی را بپردازد، و امّا نسبت به منافعِ آن ـ چه منافع مستوفات و چه غیر مستوفات ـ ضامن نیست و در قبال آنها چیزی به بایع نمی پردازد، بلکه پس از تملّک عین مجّاناً حق هرنوع تصرّفی در عین دارد، و الناس مسلطون علی اموالهم.

[حال اگر همین بیع فاسد باشد چنانچه خود عین باقی است وجوب ردّ به مالک دارد، و نسبت به منافع مستوفاتِ آن از باب اتلاف ضامن است. و نسبت به منافع غیر متسوفات آن هم از باب تلف ضامن است. و اگر عین هم تلف شده، هم ضامن خود عین است و هم ضامنِ منافع مستوفات، و هم غیر مستوفات.

حال در عقد صحیح نسبت به منافع غیر مستوفات ضامن نبود در حالی که در عقد فاسد ضامن است. و این نقض و اشکالی است برکلّیت و اطّراد قاعدهٔ عکس، یعنی شما گفتید: کل عقدٍ لا یضمن... در حالی که طبق این بیان، بعض العقود...

قوله: الاّ ان یقال:

مگر کسی در صدد دفع اشکال برآمده و بگوید: در بیع صحیح هم مشتری نسبت به منافع مستوفات و غیر مستوفات ضامن است. منتها ضمان منفعت تابع ضمان عین است. و ضمان عین مسلتزم ضمان منافع است. و در واقع عین را بالاصالة و منافع را بالتبع ضامن است. آنگاه در بیع فاسد هم ضمان خواهد بود. و این داخل در قاعدهٔ اصل است که: کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده، و ربطی به قاعدهٔ عکس نداشته، و مادّهٔ نقضی برای آن به حساب نمی آید.

قوله: و فیه نظر:

مرحوم شیخ دفاع مذکور را قبول نداشته و می فرمایند: هرگز در صحیح بیع مشتری ضامن منافع نیست. بلکه تمام ثمن در مقابل خود عین قرار می گیرد، و انتفاعات بعد از شراء مجّانی است. پس اشکال به قوّت خود باقی است. [کما

اینکه در مادّهٔ نقض پیشین.

جا دارد که کسی بگوید: این از قبیل استیلاء جاریه است که قبلاً در روایت جمیل بن درّاج در اوائل مسئله مطرح شد، و چون ارسال واجب شرعی است و مُحْرِم مقهور است پس کالتالف است نه کالمتلَف، و ضمان مذکور از نوع ضمان تلف است نه اتلاف و اشکال به قوّت خود باقی است.]

۳ـ قوله: ویمکن:

مادّهٔ نقض سوّم: اگر حیوان حامله ای را به کسی بفروشند، تکلیف حمل چه می شود؟ در بیع صحیح حکمش آنست که: اگر شرط کنند که حمل هم داخل در مبیع باشد و به مشتری منتقل شود، شرط مذکور واجب الوفاء است و منتقل می شود و مشتری هم در قبال آن ضامن است و قسمی از ثمن در برابر آن است. و اگر شرط کنند که به ملک بایع باقی باشد باز بحثی نیست. ولی اگر عقد را مطلق بگذارند، محلّ بحث است که آیا حمل از آنِ بایع است یا از آنِ مشتری؟ فرض مسئله فعلاً بنابر آنست که: حمل مال بایع باشد. آنگاه اگر بیعِ صحیح باشد، حَمل مال بایع است و مشتری در قبال آن ضامن نیست. ولی اگر بیع فاسد بود و حمل یا حمل و حامل هردو تلف شدند،

عدّهٔ زیادی از فقهاء از قبیل شیخ طوسی در مبسوط[1] و محقّق اوّل در شرایع[2] و علامه در تذکره[3] و تحریر[4] فرموده اند: مشتری ضامنِ حمل هم خواهد بود.

البته در قبال اینها گروهی از قبیل: شهید اول[5] و شهید ثانی[6] و محقّق

---

(۱) المبسوط، ج۳، ص۶۵.
(۲) شرائع الاسلام، ج۳، ص۲۳۶.
(۳) التذکرة، ج۲، ص۳۹۷.
(۴) تحریر الاحکام، ج۲، ص۱۳۷.
(۵) الدروس، ص۳۰۸.
(۶) المسالک، ج۲، ص۲۵۵.

ثانی[1] وبعض دیگر[2] و علاّمه در قواعد[3] فتوی به عدم ضمان داده اند. ولی بالاخره طبق رأی گروه اوّل اشکال وارد است که: در بیع صحیح مشتری ضامنِ حمل نبود ولی در بیع فاسد ضامن شده است. و کلیّت قاعدهٔ عکس زیر سئوال می رود.

البته شهید اوّل در دروس در صدد توجیه برآمده و فرموده: علاّمه و مانند او که مشتری را ضامنِ حمل می دانند، در صورتی است که: در متن عقد شرط کرده باشند که حمل هم داخل در معامله باشد، که در این فرض صحیح عقد موجب ضمان است. و فاسد آنهم موجب ضمان خواهد بود[4] و فرع مذکور در اصل قاعده داخل می شود. نه در عکس آن، پس نقضی بر قاعدهٔ عکس نیست.

٤ـ قوله: ویمکن:

مادّه نقض چهارم: در باب شرکت: اگر عقد مشارکت صحیح باشد هرکدام از دو شریک امینی بوده و حق دارند در مال مورد شرکت تصرّف کرده و با آن به تجارت بپردازند، ولی اگر فاسد باشد، محلّ بحث است که آیا تصرّف شریک در آن حلال است یا حرام؟

فعلاً بنابر حرمت و عدم جواز بحث می کنیم، و می گوئیم: صحیحِ شرکت سبب ضمان نبود ولی فاسدِ آن موجب ضمان هست. و این نقض دیگری برقاعدهٔ عکس است.

[**نکته:** اگر قاعدهٔ مذکور آبی از تخصیص باشد، یک مادّهٔ نقض هم آن را از قانونیّت می اندازد ولی اگر مثل عمومات دیگر قابل تخصیصی باشد، کما هو الحق، محذوری نبوده و موارد مذکور، تبصره ها و مخصّصات آن خواهند بود. وما من عامٍّ الاّ وقد خص.]

---

(۱) جامع المقاصد، ج۶، ص۲۱۶.
(۲) مجمع الفائده، ج۱۰، ص۵۱۱.
(۳) قواعد الاحکام، ج۱، ص۲۰۲.
(۴) الدروس، ص۳۰۸.

قوله: ثم انّ مبنی:

وامّا مدرك قاعده:

تا اینجا با مفاد قاعدهٔ عکس ومُوادّ نقض آن آشنا شدیم، و اینک راجع به مدرك و مستند آن بحث می کنیم: می فرماید: مبنا و مدرك این قضیّهٔ سالبه [از نظر فنّی این قضیّه از چند حال خارج نیست: یا در اصل یک قضیّهٔ شرطیه است یعنی اذا یا کلّما کان صحیح العقد لا یضمن به ففاسده کذلک پس موجبه است نه سالبه زیرا ملاك در سلب و ایجاب در قضایای شرطیهٔ حکم به تلازم و سلب تلازم یا اتصال و سلب اتصال است چه مقدم و تالیِ آن موجبه باشند یا سالبه، و در قضیّهٔ مذکور حکم به تلازم و اتصال دو نسبت شده، پس موجبه است نه سالبه. و یا در اصل دو قضیّهٔ حملیّه است که: صحیح فلان عقد موجب ضمان نیست. پس متفرع برآن فاسدش هم موجب ضمان نخواهد بود. که دو سالبه است نه یک سالبه، و بهتر بود به جای قضیّهٔ سالبه، قضیّهٔ عکس می فرمودند.] طبق آنچه از کلام شیخ طوسی مستفاد می باشد، اولویّت است. [وی در رابطه با رهن فرموده: صحیحه لا یضمن فکیف بفاسده، از این کلمهٔ کیف مرحوم شیخ اولویّت را فهمیده، ولی به قول مرحوم شهیدی: ویمکن ان یرید منها التعجّب لا الاولویّة و منشأ التعجّب توهّم الفرق بین صحیح ما لا یضمن وفاسده فی الضمان فی الثانی دون الاوّل مع اشتراکهما فی عدم العلّة للضمان او العلّة لعدمه لانّ علّة الضمان امّا اقدام المالک علیه او حکم الشارع به او المرکب منهما والکل منتف فی صحیح ما لا یضمن فکذا فی فاسده بعد ان کان وجوده کعدمه والاشتراك فی العلة یستلزم الاتحاد فی الحکم فبعد ان کان صحیح الرهن مثلاً لا یضمن به فکیف یتوهم ان فاسده یضمن به فالفرق بین الصحیح والفاسد فی الرهن بما ذکرناه مورد التعجّب.[1]]

---

(۱) هدایة الطالب، ص۲۱۸.

حاصل فرمایشات شیخ اعظم در رابطه با بیان اولویّت را با یک مقدّمه می آوریم:

سبب ضمان در رهن فاسد و مانند آن یا اقدام برضمان است، و یا حکم شارع به ضمانت است، و یا هر دو باهم، و علی الفرض هیچکدام وجود ندارد، زیرا نه مرتهن اقدام به ضمان کرده و نه شارع حکم به ضمان، و سبب که نبود مسبّب هم نابود است. با این مقدّمه می گوئیم: رهن صحیح یک امر موجود و سبب مؤثر است و شارع هم آن را امضاء کرده و معذلک موجِب ضمان نیست. پس رهن فاسد که لغو و بی اثر است و وجودش کالعدم است به طریق اولی مفید ضمان نخواهد بود.

قوله: ولکن:

مرحوم شیخ اولویّت را قبول نکرده و می فرمایند: اولویّت مخدوش است، و وجه الخدشة آنست که: قیاس مع الفارق است

بیان ذلک: رهن یا اجارهٔ صحیح و... شرعاً مورد امضاء است و از نظر مالک و شارع، موجب تسلّط مرتهن و مستأجر و... برعین می گردد و چون خود مالک با دست خود، طرف را مسلّط کرده آنهم بلاعوض، و شارع هم موافقت کرده است، این تسلیط موجب رفع ضمان است. ولی در فاسد این عقود، شارع موافقت نکرده و شرعاً سلطنتی نیست، و در نتیجه موجبی برای رفع ضمان نیست. پس اولویّتی هم نیست و قیاس مع الفارق است.

قوله: فان قلت:

[از ظاهر عبارت چنین توهم می شود که این فراز اشکالی به مناقشه و خدشهٔ مرحوم شیخ، و دفاع از اولویّت باشد. ولی چنین نیست، بلکه این فراز به اصل قاعدهٔ عکس اشکال دارد و می گوید: ما قبول نداریم که: کل عقد لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده.

وبیان اشکال اینست که: در فاسدِ عقود مذکور [رهن ـ وکالت ـ مضاربه و ...] ضمان هست و اینها مثل صحیحِ نیستند، زیرا که اگرچه اقدام به ضمان نیست تا قانون اقدام پیاده شود، ولی یَدْ برمال غیر هست، یعنی مرتهن برمال راهن، مستأجر برعین مستأجره و ... ید و سلطه پیدا کرده و عموم حدیث نبوی: «علی الید ما اخذت حتی تؤدّی» می گوید: ید عدوانی ضامن است. ید معاملی ضامن است، ید مرتهن و وکیل و ... نیز ضامن است، از تحت عموم علی الید، صحاح از این عقود به دلائل خاصّه [اخبار و روایات باب رهن و اجاره و وکالت و ...] خارج شده اند و ضمان آور نیستند.

امّا نسبت به فاسد از این عقود، عموم علی الید آنها را می گیرد و مخصّصی هم نیامده، پس اینها در تحت قاعدهٔ ضمان باقی مانده و به عموم علی الید در اینها حکم به ضمان می شود. پس چنین نیست که: اگر صحیح عقدی به دلیل خاص ضمان آور نبود، فاسدش هم ضمان آور نباشد.

قوله: قلت:

مرحوم شیخ در جواب اشکال می فرمایند: دقیقاً به همان دلیل که صحیح از عقد رهن و ... از قاعدهٔ ضمان [عموم علی الید] خارج شده، به همان دلیل فاسد از عقود مذکور، از عموم علی الید خارج می شود. و آن دلیل مُخْرِج و مخصِّص عبارتست از: این موجبهٔ کلیه که چکیدهٔ اخبار مختلف است: «کلَّ مَنْ لم یضمّنه المالک فهو غیر ضامن»

به عبارت دیگر که در آخر این بخش می آورند: «کل من دفع المالک الیه ملکه علی وجه لا یضمّنه بعوض واقعی «مثل و قیمت» و لا جعلی فلیس علیه ضمان»

یعنی هرکس که مالک اصلی، او را برمال خود مسلّط می سازد و مال خویش را به او می دهد آنهم بگونه ای که او را ضامن قرار نمی دهد آن گیرنده ضامن

نخواهد بود.

حال تسلیط بدون تضمین اعمّ است از اینکه تملیک بلاعوض باشد یعنی مالش را به کسی هبه کرده و شرط عوض هم نکند، و یا وصیّت تملیکی کند [که بالاجماع متّهب ضامن نیست.] و یا مالش را دراختیار او بگذارد و او را برانتفاع از مال مسلّط سازد، بدون تملیک عین مثل عاریه که روایاتی دارد[1] و یا مالش را به عنوان امانت به کسی داده تا برایش حفظ کند. مثل ودیعه که روایاتی دارد.[2] و یا مالش را در اختیار دیگری قرار می دهد تا دیگری از آن مال حقّ خود را استیفاء کند، مثل باب اجارهٔ عین که روایاتی دارد[3] و مثل باب رهن که پس از انقضاء اجل و عدم پرداخت دین، مرتهن حقّ استیفاء دارد، و روایاتی هم دارد.[4] یا مالش را در اختیار دیگری می گذارُد که برای او در آن مال کاری بکند حال با اجرت باشد مثل اجاره برعمل که روایاتی دارد.

[البته روایات باب ۲۹ وسائل الشیعه، ج۱۳، ص۲۷۱ دلالت برضمان خیاط و گازر و... دارد.]و یا تبرّعاً و مجّاناً برای مالک کاری انجام دهد. و مانند آن، حال در تمام این ابواب ضمانت نیست.

قوله: امّا فی غیر:

بیان مخصِّص بودن این ادلّه نسبت به عموم علی الید:

امّا در غیر تملیک مجّانی یعنی هبه [که غیر این، بقیّهٔ موارد فوق است.]دلیلی که عموم قانون ضمان یعنی علی الید را تخصیص می زند، عمومی است که می گوید: هرکس مالک او را امین شمرد ضامن نیست نه تنها ضامن

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۳، ص۲۳۶، باب اوّل و ص۲۳۹، باب سوّم از ابواب احکام عاریه.

(۲) وسائل الشیعه، ج۱۳، ص۲۲۷، باب چهارم از ابواب احکام ودیعة.

(۳) وسائل الشیعه، ج۱۳، ص۲۸۱، باب۳۲، فی احکام الاجارة.

(۴) وسائل الشیعه، ج۱۳، ص۱۲۵، باب۵، فی احکام الرهن.

نیست که حق ندارید او را متهمّ سازید[1] و این عموم صحیح و فاسد این عقود را می گیرد.

واما در خصوص تملیک مجّانی یا هبهٔ فاسده: در موارد استیمان عین مال را به امین تملیک نکرده و تسلیط مطلق نیست و معذلک ضامن نبود، در مورد هبه که تسلیط مطلق وجود دارد و اصل مال را هم به او تملیک کرده و در اختیار او گذاشته و او را مجّاناً مسلّط کرده به طریق اولی ضامن نیست.

قوله: والتقیید:

چرا گفتیم: تسلیط مجّانی کرده و قید مجّانی بودن را آوردیم؟ برای اینکه تسلیط به عوض را خارج کنیم زیرا که در موارد تسلیط به عوض کما فی المعاوضات، نه تنها عدم ضمان نیست بلکه عین تضمین و ضامن قرار دادن است. و از بحث ما خارج است. [نکته: آیا عمومات مذکور فاسد این عقود را هم شامل می شود یا خیر؟ به نظر می آید که: متبادر از آنها عقد صحیح باشد و یا انصراف به آن دارند، پس شمول نسبت به عقد فاسد مشکل است و شاید حق با مستشکل باشد و جواب شیخ اعظم مخدوش است.]

---

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۳، ص۲۲۹، باب چهارم در احکام ودیعة، حدیث۹ و۱۰.

(۲)
(وجوب ردّ فوری)
یا
(حرمت امساك)

قوله: الثانی:

امر اوّل از اموری که برمقبوض به عقد فاسد، متفرع و مترتّب شد ضمان بود که تا به حال مبسوطاً بحث شد.

امر دوّم از امور متفرّع برمقبوض به عقد فاسد حرمت امساك یا وجوب ردّ فوری است. یعنی مشتری حق ندارد مبیعی را که به معاملهٔ فاسد ابتیاع و قبض کرده است، نزد خود نگهدارد، یک لحظه هم امساك جایز نیست و فوراً باید آن را به مالک اصلی مسترد کند. منتها اگر جاهل به فساد باشد این حرمتِ امساك و وجوب ردّ در حقّ او به درجهٔ تنجّز نرسیده و عقاب آور نیست. ولی اگرَ عالم بود حکم در حقّ وی منجّز شده و مخالفتِ آن موجب استحقاق عقوبت است.

[**نکته:** چنانچه در ادامه از ادلّهٔ مَسئله روشن خواهد شد، آنچه در لسان روایات آمده مسئلهٔ حرمت امساك است. و عنوان وجوب ردّ فوری نیامده و لکن از باب اینکه ردّ ضدّ امساك است، نهی از شیئی مقتضیِ امر به ضدّ است پس نهی از امساك مستلزم امر به ردّ فوری است.]

وامّا دلائل مطلب: در مجموع سه دلیل می آورند:

۱ـ ادّعای نفی خلاف: البته این ادّعا بنابر فرض عدم جواز تصرّف است [کما هو الحقّ] و این مطلب از سخنان محقّق اردبیلی استشمام می شود.[۱]

قوله: بل:

در حقیقت این فراز به قبل از ذکر ادلّه مربوط است ولی برای مراعات ترتیب کتاب اینجا می آوریم: نه تنها ردّ مبیع به بایع واجب است و مشتری باید این کار را بکند بلکه به فرمودۀ علامّه در تذکره[۲] و محقّق ثانی در جامع المقاصد[۳] اگر ردّ مال به مالک اصلی مؤنة و مخارجی هم دارد [از قبیل: کرایۀ حمل و نقل و ...] باید بپردازد. به این دلیل که: تحمّل مخارجِ ردّ مقدّمۀ واجب [ردّ] است. و مقدّمۀ واجب واجب است، پس پرداخت مخارج واجب است.

و اگر خواستی بگو: مخارج مذکور ممّا لا یتمّ الواجب الاّ به، وما لا یتمّ الواجب الاّ به فهو واجبٌ پس مخارج کذائی واجب است.

و ضمناً کلام این دو بزرگوار اطلاق دارد، و فرضی را هم که مخارج زیادی باید بدهد، شامل می شود یعنی ردّ مطلقاً واجب است چه مستلزم اداء مالی و مخارجی نباشد و یا مخارج کمی داشته باشد و یا حتّی مخارج سنگینی داشته باشد.

مگر کسی این اطلاق را به ادلّۀ نفی ضرر[۴] تقیید کند، و بگوید: به حکم لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام تحمّل مخارج کلان لازم نیست. [ولی اگر به لا ضرر متمسّک شویم، باید بگوئیم: پرداخت مؤنۀ کم نیز واجب نیست، چون

---

(۱) مجمع الفائدة والبرهان، ج۸، ص۱۹۲.

(۲) التذکرة، ج۱، ص۴۹۵.

(۳) جامع المقاصد، ج۴، ص۴۳۵.

(۴) فروع کافی، ج۵، ص۲۸۰، حدیث۴ و ص۲۹۲، حدیث۲.

ضرر است. و لا ضرر فرقی میان آندو نمی گذارد. در نتیجه وظیفهٔ مشتری رفع منع و تخلیهٔ سبیل است و ردّ واجب نیست.]

۲ـ حدیث حضرت حجّت عجل الله تعالی فرجه الشریف:

«لا یجوز لاحد ان یتصرف فی مال غیره الاّ باذنه»[۱]

کیفیت استدلال:

امساك نوعی تصرف در مال غیر است «صغری»

[بنابراینکه از امساك مطلق استیلاء برمال غیر اراده شود] وهرگونه تصرفی در مال غیر بدون طیب نفس مالک جایز نیست «کبری»

پس امساك مال مردم جایز نیست. «نتیجه»

۳ـ اگر کسی در حدیث مذکور مناقشه نموده و بگوید: از کلمهٔ تصرّف که در حدیث بود، امساك تبادر نمی کند بلکه تصرفاتی از قبیل: اگر لباس است بپوشد، اگر ماشین است سوار شود، و اگر منزل است ساکن شود و... به ذهن می آید. پس حدیث مذکور به درد مدّعای ما نمی خورد.

مرحوم شیخ می فرماید: ما به عموم حدیث نبوی ﷺ تمسک می کنیم که فرموده:

لا یحلّ مال امرءٍ مسلم لاخیه الاّ عن طیب نفسه[۲]

کیفیت استدلال:

در این حدیث حکم عدم حلیّت یا حرمت به مال که عین خارجی است نسبت داده شده، و در اوائل مکاسب محرّمه در ارتباط با حدیث انّ الله اذا حرّم شیئاً حرّم ثمنه گذشت که: هرگاه تحریم به خود عین خارجی مستند شود، بدان معنا است که تمام یا معظم امور و اعمال مربوط به آن شیئی تحریم شده و اطراف آن

---

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۷، ص۳۰۹، حدیث۴، باب اوّل از ابواب غصب.

(۲) عوالی اللئالی، ج۱، ص۱۱۳، حدیث۳۰۹.

شیئی را باید خط قرمز کشید. و یکی از امور مربوط به مال غیر امساك آن است، پس به حکم عموم حدیث، امساك مال غیر هم بدون رضای مالک جایز نیست. وهو المطلوب.

قوله: وامّا توهّم:

اگر کسی بگوید: در دو حدیث مذکور حکم به حرمت به عدم طیب نفس مقید شده بود، و در ما نحن فیه یعنی بیع فاسد طیب نفسِ مالک هست چون با اختیار و رضایت این مبیع را به مشتری داده، پس مشمول آن دو حدیث نخواهد بود.

در جواب می گوئیم: آری به رضایت داده ولی مجّانی که تملیک نکرده، به عنوان عوض داده و در واقع طیب نفس مالک مقید به صحت بیع و عنوانِ عوضیّت است. این قید هم که حاصل نیست. چون بیع فاسد است و طیب نفس مطلق هم که ندارد پس امساك این مال، تصرف یا تقلّب در مال مردم بدون رضای مالک است.

قوله: وکونه:

اگر کسی بگوید: چه مانعی دارد که مبیع کذائی ملک بایع باشد ولی در نزد مشتری امانت باشد؟ و امساك حرام نباشد؟

در جواب می گوئیم: اوّلاً فرض اینست که به عنوان امانت اذن و رضایتی حاصل نشده و ثانیاً برفرض که چنین اذنی بیاید، یک استیداع و امانت سپاریِ جدیدی خواهد بود که ربطی به قبض و اقباض قدیم ندارد، کما اینکه اگر پس از فساد بیع، یک تملیک مجّانی انجام دهد، هبه جدیدی خواهد بود که بدنبال بیع فاسد، مستقلاً انجام شده و از مفروض بحث خارج است.

قوله: ولکن:

نظر مشهور این شد که: امساك چنین مقبوض به عقد فاسدی جایز نیست.

ولی از کلام شیخ طوسی در مبسوط[۱] و ابن ادریس در سرائر[۲] استفاده می شود که: اگر امساك کرد و ردّ نکرد گناهی ندارد، و بلکه ابن ادریس این مطلب را به اصحاب نسبت داده است.

مرحوم شیخ می فرماید: اصل فتوای مذکور ضعیف است [چون روایات خلاف آن را گفت.] و نسبتی هم که ابن ادریس به اصحاب داد، ثابت نیست.

قوله: ولا يبعد:

از باب اینکه کلام بزرگان را باید توجیه کرد، می گوئیم: شاید مراد این دو بزرگوار از عدم الاثم، فرض جهل باشد، یعنی تا مادامی که مشتری جاهل به فساد است، امساك حرام نیست و اگر امساك کرد عقابی ندارد. [چون حرمت در حقّ او منجّز نمی شود.] وگرنه پس از علم به فساد و تنجّزِ حرمتِ امساك، وجهی برای عدم اثم نیست.]

(۱) المبسوط، ج۲، ص۱۴۹.
(۲) السرائر، ج۲، ص۳۲۶.

(۳)

(منافع مستوفات و غیر مستوفات)

قوله: الثالث:

سوّم از اموری که برمقبوض به عقد فاسد متفرع می‌شود، ضمانِ منافع است.

بطور کلّی در رابطه با مقبوض به عقد فاسد از لحاظ حکم وضعی [ضمان] سه بحث مطرح است:

۱ـ **راجع به خود عین:** تا به حال مبسوطاً بحث شد که کلّ عقدٍ یضمن...

۲ـ **راجع به منافع مستوفات آن:** اگر مشتری مبیعِ به بیع فاسدٍ را قبض کرده و پیش از اینکه آن را به مالک اصلی ردّ کند از منافع آن استفاده کرده است. [مثلاً یکسال در منزل ساکن شده، یا یکماه از ماشین استفاده کرده و...] آیا پس از ردّ عین به مالک نسبت به این منافع ضامن است و باید عوض آنها را هم به بایع بپردازد؟ یا ضامن نیست؟ دو نظریّه مطرح است:

الف: عقیدهٔ شیخ اعظم و جماعتی آنست که: مشتری منافع مستوفات را ضامن است به چند دلیل:

۱ـ **شهرت فتوائیه:** شیخ مدّعی شهرت محصّله است.

۲ـ بلکه ابن ادریس در سرائر[1] ادعای اجماع کرده و فرموده: مقبوض به

---

(۱) السرائر، ج۲، ص۳۲۶.

عقد فاسد مثل مغصوب است بالاجماع [و در مغصوب منافع کذائی را ضامن است. پس در مقبوض به عقد فاسد هم ضامن است.]

۳ـ عموم حدیث نبوی ﷺ:

لا یحلّ مال امرءٍ مسلم لاخیه الاّ عن طیب نفسه(۱)

کیفیت استدلال:

منفعت مال است «صغری»

و مال مسلمانی برای دیگری حلال نیست مگر با طیب نفس مالک «کبری»

پس منافع نیز بدون طیب نفس حلال نیست. «نتیجه»

و برای بیان صغری دو شاهد می آورند:

۱ـ شرعاً صحیح است که منافع را ثمنِ مبیع قرار دهیم مثلاً بگوئیم: بعتک الشئی الفلانی بازاء رکوب دابتکّ او سکنی دارك و... و اگر منفعت مالیّت نداشت که ثمن مبیع واقع نمی شد. زیرا بیع مبادلهٔ مالی به مالی است.

۲ـ شرعاً می توان منفعت را صداق و مهر در باب نکاح قرار داد، مثلاً مرد به زن بگوید: با تو ازدواج می کنم به مهریّهٔ منافع فلان باغ یا منزل تا ده سال. و...

[نکته: حدیث مذکور فقط حکم تکلیفی را دلالت دارد که حرمت هرنوع استفاده ای از مال دیگری باشد.

و امّا حکم وضعی از آن فهمیده نمی شود و در معاملات هم میان نهی و فساد ملازمه نیست. آری می توان به قاعدهٔ ضمان اتلافی تمسک کرد، که: من اتلف مال الغیر فهو له ضامن، و مشتری مُتْلِف مال بایع است و منافع را استیفاء کرده ولذا ضامن است البته قاعدهٔ من اتلفَ به تعبیر مذکور در روایات نیست ولی قاعده ای است که از روایات مختلف استفاده شده و به فرمودهٔ مرحوم آقای خوئی:

---

(۱) عوالی اللئالی، ج۱، ص۲۱۹.

قاعدة من اتلف مال غيره فهو له ضامن، وهی بهذه الكيفيّة والخصوصية وان لم تذكر فی رواية خاصة، ولكنها قاعدة كلية متصيّدة من الموارد الخاصة التی نقطع بعدم وجود الخصوصية لتلك الموارد، وعليه فتكون هذه القاعدة متبعة فی كل مورد تمس بها الحاجة، والموارد التی اخذت منها هذه القاعدة هی الرهن، والعارية، والمضاربة، والاجارة، والوديعة وغير ذلک من الموارد المناسبة لها فانه قد وردت فيها الاخبار الكثيرة الدالة علی انّ اتلاف مال الغير موجب للضمان، وقد استفاد منها الفقهاء قاعدة كلية اعنی بها قاعدة من اتلف مال غيره فهو له ضامن.

و در پاورقیِ همان بحث رواياتی را كه قاعدهٔ مذكور از آنها اصطياد شده آورده است.[1]]

ب: قوله: خلافاً:

در قبال شيخ اعظم و مشهور، جناب ابن حمزهٔ طوسی در كتاب وسيله[2] فرموده: مشتری منافع مستوفات را ضامن نيست و به حديث مرسل نبوی ﷺ تمسک كرده: الخراج بالضمان[3].

فی ج ۵ سنن البيهقی ص ۳۲۱ عن عائشة، قالت: قال رسول الله ﷺ: الخراج بالضمان وفی جملة اخری من الروايات: انّه قضی رسول اللّه ﷺ: انّ الخراج بالضمان و فی ص ۳۲۲ عن عائشة عن رسول اللّه ﷺ: العلّة بالضمان.]

كيفيت استدلال:

بطور كلّی در ارتباط با حديث مذكور چهار احتمال مطرح است:

۱ـ منظور از خراج، خراج اراضیِ خراجيّه باشد و مراد از ضمان، ضمان

---

(۱) مصباح الفقاهة، ج۳، ص۱۳۱ و۱۳۲.

(۲) الوسيله، ص۲۵۵.

(۳) عوالی اللئالی، ج۱، ص۲۱۹، حديث۸۹ و سنن ابن ماجة، ج۲، ص۷۵۴.

خصوص ارض مفتوحةُ عنوةً باشد، و در نتیجه مربوط به باب خراج و مقاسمه و از اخبار آن باب بوده و در مقام بیان مقدار خراج است. و خلاصه اینکه: الخراج بحسب الضمان، یعنی خراج ارض خراجیه برحسب آن مقداری است که شخص عامل و متقبّل ارض ملتزم شده و به عهده گرفته [۳/۱ محصول و ...] و والی هم پذیرفته است. و از نظر کمی و زیادی بسته به الزام و التزام طرفین است. بنابراین احتمال حدیث از ما نحن فیه اجنبی است.

۲ـ منظور از خراج منافع و فوائد مال و عین خارجی باشد و منظور از باء یا برای سببیّت باشد و یا مقابله [یعنی خراج در مقابل ضمان است و باهم قابل جمع نیستند که شخصی هم ضامن عین باشد و هم ضامن خراج و منافعِ آن، پس اگر ضامن عین بود دیگر منافع را ضامن نیست. و یا خراج به سبب ضمان است، یعنی چون ضامن عین است پس خراج مال او است و حقّ استیفاء دارد.] و منظور از ضمان مطلق ضمان است: چه ضمانی که خود شخص با اختیار اقدام به آن کرده و چه ضمانی که مورد اقدام نیست و اختیاری نیست بلکه قهری است و شارع به گردن طرف گذاشته، و در صورتِ [بیع فاسد] و صورت ضمان قهری مثل ضمان مال مغصوب و مقبوض بالسوم، و منافع عین در معاملات و ... [که غاصب اقدام برضمان نکرده ولی شرعاً ضامن است، کسی که متاعی را گرفته تا اختبار و آزمایش کند و سپس خریداری کند، اتّفاقاً از دست او افتاد و شکست، وی اقدام برضمان نکرده ولی شرعاً و قهراً ضامن است. و هکذا در معاملات نسبت به ضمان عین اقدام کرده ولی نسبت به ضمان منافع اقدام نکرده معذلک شرعاً ضامن منافع است و ...] پس به طور کلّی و در تمام موارد خراج و منافع و فوائد و غنائم عین در مقابل ضمان آن است.

مختار ابوحنیفه همین احتمال است و براساس آن گفته: غاصب هم منافع مستوفات را ضامن نیست زیرا که ضامن عین است و خراج عین در مقابل این

ضمانت است.

ظاهر حدیث هم با این احتمال می سازد زیرا که یا الف و لام برای جنس است و یا استغراق، و در هر حال مفید عموم است. ولی این احتمال از نظر فقهاء امامیه باطل است زیرا هم اجماع قائم است براینکه: غاصب منافع مغصوب را ضامن است. و هم صحیحهٔ ابی ولاّد که مبسوطاً خواهد آمد، این معنا را دلالت دارد که منافع مغصوب مورد ضمانت است.

۳ـ مراد از خراج، منافع باشد و باهم برای مقابله یا سببیّت باشد، ولی مراد از ضمان، ضمان خاصّی باشد یعنی ضمان مقیّد به قید اقدام، خراج در مقابل ضمان است.

امّا ضمان اختیاری نه مطلقاً، و منظور از اختیاری یعنی ضمانی که خود شخص برآن اقدام کرده است و آن در معاملات است که بایع او را تضمین می کند و او قبول ضمانت کرده و ضامن می شود، امّا از این حیث اطلاق دارد که شارع مقدس هم این اقدام برضمان را امضاء بکند [همانند معاملهٔ صحیح] و یا امضاء نکند [همانند معاملهٔ فاسد].

حال به نظر ابن حمزه معنای حدیث نبوی همین است، الخراج بالضمان یعنی هرکس اقدام کرد و چیزی را ضامن شد و آن را برای خود تقبّل کرد، خراج آن شیئی هم مال او خواهد بود. و مشتری در مورد بحث ما چنین اقدامی کرده و بایع او را تضمین کرده و او هم قبول ضمانت کرده که در برابر عین چیزی بدهد و در عوض استفاده از عین برای او مجّانی باشد و لازمهٔ این اقدام آنست که اگر معامله فاسد هم درآمد خراج مال او باشد کما اینکه ضمانت برعهدهٔ او است. و خلاصه: ضمان و خراج در مقابل هم هستند، و همانطوری که در صحیح و فاسد مشتری ضامن عین است پس در هر دو مورد خراج و منافع مال او است.

قوله: وهذا المعنی:

مرحوم شیخ در تأیید سخن ابن حمزه می فرماید از برخی روایات هم این مطلب مستفاد است. از جمله روایتی که در رابطه با اینکه منفعت مبیع در زمان خیار، مالِ مشتری است وارد شده و استشهاد امام علیه‌السلام به این است: الا تری انّها لو احرقتَ کانت من مال المشتری؟ یعنی مگر نه اینست که: اگر عین در مدّت خیاربسوزد ضرر به مشتری وارد می شود،؟ آری چنین است. پس منافع هم مال او است.

[و متن روایت اینست:

فی موثقة اسحاق بن عمار، قال: سمعت من یسئل ابا عبداللّه علیه‌السلام یقول و قد سئله عن رجل مسلم احتاج الی بیع داره فمشی الی اخیه فقال له ابیعك داری هذه ویکون لك احب الی من ان یکون لغیرك علی ان تشترط لی انّی اذا جئتك بثمنها الی سنة تردّها علی، قال علیه‌السلام: لا باس بهذا ان جاء بثمنها ردّها علیه، قلت: ارأیت لو کان للدار علة لمن یکون؟ قال علیه‌السلام للمشتری، الا تری انّها لو احترقت کان من ماله.[1]

و روایت معاویة بن میسرة از امام صادق علیه‌السلام نیز چنین است.[2]]

و از جمله روایتی است در باب رهن[خبر اسحاق بن عمار: قلت لابی ابراهیم عن الرجل یرهن الغلام والدار فتصیبه الآفة علی من یکون؟ قال علیه‌السلام علی مولاه ثم قال علیه‌السلام ارأیت لو قتل قتیلاً علی من یکون؟ قلت هو فی عنق العبد، قال علیه‌السلام الا تری فلم یذهب مال هذا ثم قال علیه‌السلام: ارأیت لو کان ثمنه مأة دینار فزاد وبلغ مأتی دینار لمن کان یکون؟ قلت: لمولاه، قال علیه‌السلام: کذلک یکون علیه ما یکون له[3]]

---

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۲، ص۳۵۵، باب۸، من ابواب الخیار، حدیث اوّل.
(۲) وسائل الشیعه، ج۱۲، ص۳۵۵، باب۸، من ابواب الخیار، حدیث سوّم.
(۳) وسائل الشیعه، ج۱۳، ص۱۲۶، باب۵، فی احکام الرهن، حدیث ششم.

قوله: وفیه:

مرحوم شیخ در ردّ تفسیر ابن حمزه می فرماید: شما گفتید: حدیث الخراج بالضمان ضمان اختیاری را شامل است، یعنی ضمان که طرفین برآن اقدام کرده اند، اشکال ما این است که: طرفین برضمان عین اقدام کرده اند، نه برضمان منافع، و منافع مستوفات از اموری نیست که اقدام برضمان آن شده باشد تا «الخراج» در مقابل «الضمان» باشد بلکه ضمان منافع امری است قهری که شارع مقدس طبق حدیث لا یحلّ... بدان حکم کرده است. همانطوری که در مال مغصوب و مقبوض بالسوم و... اقدام برضمان نیست ولی ضمان هست و قهراً علیه، شارع بدان حکم کرده است.

٤ـ قوله: فالمراد:

مراد از ضمان در حدیث، ضمانی است که دارای دو قید باشد:

۱ـ طرفین برآن اقدام کرده باشند، یعنی ضمان اختیاری باشد. و هو المتبادر از اطلاق ضمان.

۲ـ شارع هم این اقدام و تضمین را امضاء کرده باشد. مختار شیخ انصاری و مشهور همین است.

[شگفتا مرحوم شیخ در آخر امر اوّل از متفرعات در مقابل علی الید به عموم روایات باب هبه و عاریه و ودیعة و... تمسّک کرد وفرمود: مراد اینست: کلُّ من دفع ماله الی غیره ولم یضمّنه فهو لیس بضامن و این اطلاق را به عقد صحیح و فاسد هردو توسعه داد، ولی اینجا به توسعه قائل نیستند.]

قوله: وربّما ینتقض:

طبق تفسیر مشهور و شیخ اعظم (ره) از حدیث نبوی ﷺ که دوخصوصیت را لحاظ کردند، و در معاملات صحیح فرمودند: الخراج بالضمان، یک مادّهٔ نقضی از باب عاریهٔ مضمونه وارد می شود،

بیان ذلک: اگر کسی ذهب و فضّه را به دیگری عاریه دهد که عاریهٔ مضمونه است. یا شیئ دیگری را با شرط ضمان عاریه دهد، که باز هم عاریهٔ مضمونه است. و مستعیر اقدام برضمان کرده و معیر او را تضمین کرده و او تضمّن یا قبول ضمان نموده، و فرض هم بکنیم که شارع مقدس آن را امضاء کرده و معاملهٔ صحیح است. در اینجا هردو خصوصیت وجود دارد.

و طبق تفسیر چهارم باید بگوئیم: چون مستعیر ضامن عین است پس باید خراج و منافع ملک او باشد «الخراج بالضمان» در حالی که فقهاء چنین فتوائی نداده اند، و خراج عین مورد عاریه ملک مستعیر نیست، زیرا که مستعیر مالک منفعت نیست [برخلاف مستأجر] بلکه صرفاً مالک انتفاع است یعنی حق دارد در عین آنهم در محدوده ای که معیر معیّن کرده تصرف کند، و تصرّف برای او مباح است [آنگونه که میهمان حقّ تصرف در طعام میزبان دارد.]

[و ثمرهٔ ملک منفعت و ملک انتفاع در اینست که: در ملک منفعت مستأجر که مالک منفعت است به حکم الناس مسلّطون علی اموالهم حقّ دارد خود از آن منفعت منتفع شود، یا به دیگری هبه کند یا اجاره دهد و... ولی در ملک انتفاع فقط خود مستعیر حق انتفاع دارد آنهم در محدوده ای که مالک اصلی معین کرده وگرنه حق هبه و اجاره و اعاره و... ندارد.]

حال در مورد عاریهٔ مضمونه، ضمان اختیاری و اقدامی هست ولی خراج در مقابلِ آن نیست و ملک او نمی شود، و این مادّه نقض است.

قوله: فتأمّل:

وجه تأمّل از سوی محشّین به وجوهی بیان شده است، بهترین وجه اینست که: عاریه هم ملک منفعت است و از این حیث با اجاره فرقی ندارد و در حقیقت عاریه و هبه در قبال اجاره و بیع است:

بیع تملیک عین به عوض است.

هبه تملیک عین بدون عوض و رایگان است.
اجاره تملیک منفعت در مقابل عوض است.
و عاریه تملیک منفعت بدون عوض و به طرز رایگان است.

پس عاریه هم تملیک منفعت است و مستعیر مالک منفعت است و الخراج بالضمان و مادّهٔ نقضی نیست.

[و به قول مرحوم شهیدی: والذی یختلج فی ذهنی ویترجح فی نظری عاجلاً انّ العاریة فی المنافع کالهبة فی الاعیان فهی تملیک منفعة مجّاناً والهبة تملیک عین کذلک، کما انّ الاجارة فی المنافع مثل البیع فی الاعیان تملیک بعوض سپس شواهدی از کلام بزرگان آورده اند که طالبین مراجعه کنند.[1]]

و ممکن است اشاره باشد به اینکه: میان ملک منفعت و ملک انتفاع تفاوتی وجود دارد زیرا که مراد از بودن خراج برای ضامن آنست که: او ضامن این منافع نیست و خسارت آنها را نباید بدهد نه اینکه حتماً ملک او هم باشد، و این معنا در عاریه مثل اجارة وجود دارد. و شاید اشاره باشد به اینکه: ضمان مورد نظر در حدیث ضمان معاوضی است آنهم معاوضه ای که شارع امضاء کرده است. و عاریه معاوضه نیست. پس نقضی برما نحن فیه و تفسیر حدیث نخواهد بود.

قوله: والحاصل:

چکیدهٔ سخن اینکه: حدیث نبوی هم از لحاظ سند قصور و اشکال دارد [چون در کتب امامیّه نیست و از طریق عامّه نقل شده و به فرمودهٔ شیخ اعظم: مرسل است] و هم قصور دلالی دارد [چون احتمالاتی در آن مطرح بود و ما احتمال چهارم را برگزیدیم که طبق آن، حدیث به معاملهٔ صحیح مربوط می شود و ربطی به معاملهٔ فاسد که مورد بحث ما است ندارد.] پس ضعف سند کمتر از ضعف دلالت نیست و ضعف دلالت کمتر از ضعف سند نیست.

---

(۱) هدایة الطالب، ص۲۲۱.

[البته جادارد بگوئیم: ضعف سند را فتوای مشهور جبران می کند. ولی مشکل دلالت کما کان باقی است.] آنگاه به خاطر یک روایت ضعیف السند والدلالة، ما هرگز از قواعد مسلّم شرعی و فقهی رفع ید نمی کنیم، و آن قواعد عبارتند از:

۱ـ قاعده ضمان مال مسلم: علی الید ما اخذت و ...

۲ـ قاعدهٔ احترام: حرمة ماله کحرمة دمه و ...

۳ـ قاعدهٔ عدم حلیّتِ مال مسلم مگر با طیب نفس: لا یحلّ مال امرءٍ مسلم ...

۴ـ قاعدهٔ اتلاف: منَ اتلف مال غیره فهو له ضامن

۵ـ قاعدهٔ لاضرر: لا ضرر ولا ضرار فی الاسلام و ...

که مفاد تمام اینها ضمانت نسبت به منافع مستوفات است. و ما طبق این قواعد فتوی به ضمان می دهیم.

قوله: وربّما یردّ:

بعضی از فقهاء که در مدّعا با ما موافقند و طرفدار ضمانِ منافع مستوفات هستند، وقول ابن حمزه [عدم ضمان] را قبول ندارند، درِ ردّ آن به حدیث جاریهٔ مسروقة تمسّک کرده اند:

[در این رابطه پنج روایت در وسائل الشیعه آمده که کاملترین آنها روایت چهارم یعنی روایت زراره از امام صادق عليه السلام است:

عن زرارة قال: قلت لابی عبدالله عليه السلام: رجل اشتری جاریةً من سوق المسلمین فخرج بها الی ارضه فولدت منه اولاداً ثمّ انّ اباها یزعم انّها له، واقام علی ذلک البیّنه، قال: یقبض ولده ویدفع الیه الجاریة ویعوضه فی قیمة ما اصاب من لبنها وخدمتها.[1]]

---

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۴، ص۵۹۲، حدیث چهارم، باب۸۸، من ابواب نکاح العبید والاماء.

کیفیت استدلال:

این حدیث دلالت دارد براینکه: مشتری هم جاریه را وهم منافع مستوفات را [ولد، لبن، خدمات جاریه] ضامن است. و رأی ابن حمزه باطل می شود.

قوله: وفیه:

مرحوم شیخ می فرماید: این حدیث ردّ برابن حمزه نیست، و از محلّ بحث ما اجنبی است. زیرا کلام در بیع فاسدی است که میان دو مالک اصلی انجام گرفته باشد، و مالک مبیع به اختیار و طیب نفس متاعش را در اختیار مشتری گذاشته البته در ازاء اینکه مشتری هم ثمن را در اختیار او بگذارد، و از قضا معاملهٔ آندو فاسد درآمده، ابن حمزة در اینجا طرفدار عدمِ ضمان است.

و امّا مورد حدیث مذکور، جاریهٔ مسروقه است و فساد بیع از ناحیهٔ اینست که: بایع مالک نیست و سارق است و حقّ تصرّف ندارد و اگر در چنین موردی مشتری منافع مستوفات را ضامن بود [که البته بعداً به سارق مراجعه کرده و از او مطالبه می کند و استقرار ضمان به عهدهٔ او است.] دلیل آن نیست که در مورد بحث هم مشتریِ آخذِ عین از دست مالک، ضامن منافع مذکور باشد.

قوله: واضعف:

ضعیفتر از استدلال به روایت جاریهٔ مسروقه در ردّ ابن حمزة، تمسک به صحیحهٔ ابی ولاّد است در ردّ ایشان،

بیان ذلک: صحیحهٔ ابی ولاّد که مبسوطاً خواهد آمد.

در مقام ردّ فتوای ابی حنیفه است که وی فتوی به عدم ضمان غاصب نسبت به منافع مستوفاتِ قاطر داده به دلیل الخراج بالضمان، امام این فتوی را به شدّت محکوم کرده و فرموده: غاصب منافع مستوفات را ضامن است[1] حال بعضی به حکم این حدیث در ما نحن فیه قول ابن حمزه را ردّ کرده و طرفدار ضمان مشتری

---

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۷، ص۳۱۳، باب هفتم، حدیث اوّل.

نسبت به منافع مستوفات شده اند.

مرحوم شیخ می فرماید: استدلال به این صحیحه در ردّ ابن حمزه، از استدلال به روایت جاریهٔ مسروقه ضعیفتر است. [وجه الضعف: اوّلاً مورد صحیحه هم غاصب است و تصرّفات غصبی و بحث ما در معاملهٔ دو مالک اصلی است. و ثانیاً در روایت جاریه لا اقلّ سخن از بیع بود و در مورد صحیحه سخن از بیع هم نیست و مجرّد تصرّف غصبی است. و قیاس ما نحن فیه به آن باب مع الفارق است.]

قوله: نعم:

اگر عقیدهٔ ابن حمزه همان عقیدهٔ ابی حنیفه باشد که قبلاً در احتمال دوّم از چهار احتمال حدیث «الخراج بالضمان» گذشت، و وی بقول مطلق می گفت: خراج و منافع در مقابل ضمان است. چه در ضمان اختیاری و چه قهری، چه اقدام به ضمان را شارع امضاء کرده باشد یا نه، همان را که اقدام کرده اند امضاء کند یا غیر آن را.

حال اگر رأی ابن حمزه هم این باشد آنگاه حدیث جاریهٔ مسروقه و روایت صحیحهٔ ابی ولاّد، دلیل برردّ آن است. ولیس فلیس.

۳ـ راجع به منافع غیر مستوفات: مشتری متاعی را به بیع فاسد قبض کرده و مدّتی هم [مخصوصاً اگر طولانی باشد مثلاً یکسال] مبیع در اختیار او بوده و بدون آنکه از منافعش استفاده ای برده باشد، خود به خود منافع فوت و تلف شده [مثلاً یک سال تمام از سکنای منزل استفاده ای نشده، از رکوب دابّه منتفع نشده و ...]

حال پس از یکسال که معلوم شد بیع فاسد بوده و باید عین را به مالک اصلی مسترد کند، آیا منافع غیر مستوفات را هم ضامن است و باید تدارک کند یا خیر؟

مرحوم شیخ در این رابطه چهار قدم برمی دارند: [و به فرموده مرحوم آقای خوئی: لا یخفی ما فی کلام المصنّف من الاضطراب، فانّه تارة یفتی بالضمان،

واخری یفتی بعدمه، وثالثة یتوقف فی المسألة[۱] وباز به قول ایشان:

ثم لا یخفی علیک: انّ التکلّم هنا فی الضمان وعدمه انّما هو بعد الفراغ عن الحکم بالضمان فی المنافع المستوفات وامّا اذا لم نقل به هناك فعدمه هنا بالاولویة القطعیة.[۲]]

قدم اوّل: مشهور برآنند که: همانطور که مشتری منافع مستوفات را ضامن بود هکذا منافع غیر مستوفات را هم ضامن است. و عبارت ابن ادریس در سرائر هم همین را دلالت داشت که می فرمود: مقبوض به عقد فاسد همانند مغصوب است مگر در عدم الاثم [و در مغصوب منافع را مطلقاً ضامن است. پس در مقبوض به بیع فاسد هم کذلک، و ادّعای اجماع هم داشت. و این دلیل اوّل است.]

قوله: ولعلّ:

دلیل دوّم برضمان: کسی بگوید منافع هم مال هستند [قبلاً ثابت شد] و مشتری همانطوری که برعین مال ید و سلطه واستیلاء دارد، براینها هم ید دارد، پس اینها هم مع الواسطه مقبوض و مأخوذ هستند، پس مشمول علی الید ما اخذت حتی تؤدّی می باشند، وعلی الید دلیل برضمان است.

قوله: ولذا:

شاهد برمقبوض بودن منافع به واسطهٔ عین، آنست که شرعاً برمنفعت احکام مقبوض را مترتب کرده اند و مواردی که نیازی به قبض منافع بوده، قبض آن را به قبض عین دانسته اند، منجمله در باب اجاره که موجر منافع را به مستأجر تملیک کرده و باید به قبض او بدهد گفته اند: قبض منافع به قبض عین مستأجر است.

---

(۱) مصباح الفقاهة، ج۳، ص۱۳۷.

(۲) مصباح الفقاهة، ج۳، ص۱۳۷.

و نیز در باب بیع سلم که قبض ثمن فی المجلس لازم است، و کسی خدمات و منافع جاریه را ثمن مبیع قرار داده و در بیع قبض و اقباض لازم است و فقهاء فرموده اند: قبض ثمن یعنی خدمت جاریه به قبض خود جاریه است. و هکذا اگر سکنای منزل را ثمن مبیع قرار داده باز قبض ثمن به قبض خود منزل است و ...

قوله: مضافاً:

دلیل سوّم برضمان قانون احترام مال مسلم است: منافع مال مسلم است، و مال مسلم محترم است و بها دارد و اینکه مدّت مدیدی در دست مشتری باشد و وی ضامن اجرت هم نباشد، با احترام مال مسلم منافات دارد، و به حکم قانون مذکور مشتری ضامن است.

قوله: ولکن:

قدم دوّم: در این مرحله مرحوم شیخ دو کار می کنند:

۱ـ دلائلی که در قدم اوّل برای ضمان اقامه شد ردّ می کنند:

۲ـ دلائل دیگری برای عدم ضمان اقامه می کنند:

امّا کار اوّل: اوّلاً ما قبول نداریم که منافع هم مال باشند و حقیقتاً برآنها مال صدق کند تا مشمول دو کبرای کلّیِ مذکور باشند.

ثانیاً برفرض قبول مالیّت منافع، می گوئیم: مجرّد مال بودنِ منافع، دلیل برضمان آنها نیست، بلکه باید مشمول علی الید ما اخذت باشند تا ضمان داشته باشند، و متأسفانه علی الید اینها را شامل نیست چون کلمهٔ ما اخذت دارد، وصلهٔ موصول یعنی اخذ یا مأخوذ بودن منافع را شامل نیست. اخذ برعین خارجی صادق است که با دست آن را می گیرد نه برمنافع.

اگر کسی بگوید: منافع هم به واسطهٔ عین قبض می شوند پس اینها هم مأخوذند، خواهیم گفت: مقبوض مع الواسطه بودن دلیل برصدق اخذ نیست.

[چون اخذ ظهور در اخذ استقلالی دارد نه تبعی]

و اگر کسی ادّعـا کند که اخذ کنایه از مطلق استیـلاء وسلطه است که در منافع هم وجـود دارد و با قـبض علیـه تسلّط برمنافع حـاصل می شـود، پس مشـمـول علی الید می باشنـد. شیخ می فرمـاید: اینهم مشکل است [چون مـتبادر از اخـذ، اخذ به ید است که مخصوص عین است. نه مطلق استیلاء.]

وامّا قاعدهٔ احترام مال مسلم: مفاد این قانون هم اینـست که: چون مال مسلم احترام دارد [و در حقیقت از شئـوون احترام خود مسلمان است.] پس کسی حق ندارد بدون اجـازهٔ مـالک در آن تصـرّف کـند و بدون طیب نفسِ مـالک آن را اتلاف کند، لا یجـوز لاحدٍ ان یتـصرّف و... وبالاخره مـربوط به منافعِ مـستـوفات است و ربطی به منافع غیر مستوفات ندارد.

وامّا کار دوّم:

قوله: فالحکم:

حال که دلیلی برضمان نیافتیم، فتوی به عدم ضمان می دهیم

یا می گـوئیـم: مطلقاً ضـامن نیـست [چه بایع عـالم به فـسـاد بوده و داده و چه جاهل بوده]

و یا در فرض علم بـایع به فساد، مـشتری ضـامن نیست. [و در صـورت جهل ضامن است.] که رأی اوّل از فـخرالدین در ایضاح[1] است. و رأی دوّم از بعض دیگر.

دلائل عدم ضمان:

۱ـ اصل برائت: وقتی دلیـلی برضمان نداشـتیم و شک کـردیم از اصل برائت استفاده می کنیم و می گـوئیم: ضامن نیـست. و این اصل سلیم از معارض بوده و حجّت است.

---

(۱) ایضاح الفوائد، ج۲، ص۱۹۴.

۲ـ منافع غیر مستوفات مشمول قاعدهٔ کل عقد لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده است.

بیان ذلک: اگر معامله صحیح بود مشتری نسبت به منافع غیر مستوفات ضامن نبود، حال که بیع فاسد درآمده بازهم می گوئیم: ضامن نیست. زیرا کلّ عقد لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده

سئوال: از کجا می گوئید: مشتری منافع غیر مستوفات را ضامن نیست؟

جواب: از اینجا که در بیع صحیح تمام ثمن در مقابل عین مثمن است و برمنافع تقسیط و توزیع نمی شود و منافع مجّاناً ورایگان در اختیار مشتری قرار می گیرد. ولذا ضامن نیست.

سئوال دیگر: در بیع صحیح منافع مستوفات را هم ضامن نیست. پس چرا در فاسدش حکم به ضمان کردید و از قانون کل عقد لا یضمن... استفاده نکردید؟

جواب: در منافع مستوفات عنوان اتلاف مطرح است و مشتری از این منافع استفاده کرد. و متلف است و به قانون: من اتلف مال غیره فهو له ضامن، ضامن است و قانون مذکور مربوط به ضمان تلف است نه ضمان اتلاف.

۳ـ قوله: مضافا:

اخباری داریم که در مقام بیان بوده و معذلک تنها ضمان منافع مستوفات را مطرح ساخته و نسبت به منافع غیر مستوفات سکوت کرده است، و این دلیل آنست که: منافع کذائی مورد ضمان نیست. وگرنه امام علیه‌السلام بیان می کرد. و به دو نمونه از این اخبار اشاره می کنیم:

۱ـ روایت جاریهٔ مسروقه که قبلاً در رابطه با ردّ قول ابن حمزه در منافع مستوفات آن را ذکر کردیم و دلالت داشت که: مشتری منافع مستوفات را ضامن است ولی از غیر مستوفات سخنی نگفت[1]

---

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۴، ص۵۹۲، حدیث چهارم، باب۸۸، نکاح عبید واماء.

۲ـ صحیحهٔ محمد بن قیس: عن ابی جعفر علیه السلام قال:

قضی فی ولیدة باعها ابن سیدها وابوه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً، ثمّ قدم سیّدها الاوّل فخاصم سیّدها الاخیر، فقال: هذه ولیدتی باعها ابنی بغیر اذنی فقال: خذ ولیدتك وابنها، فناشده المشتری، فقال: خذ ابنه یعنی الّذی باع الولیدة حتی ینفذلك ما باعك، فلّما اخذ البیع الابن، قال ابوه: ارسل ابنی، فقال: لاأُرسل ابنك حتّی ترسّل ابنی، فلّما رأی ذلك سیّد الولیدة الاوّل اجاز بی ابنه[1]

در اینجا هم سخن از اخذ ولیده و فرزند او است یعنی مشتری تنها در برابر عین و منفعت مستوفات [ولد] ضامن است، و نسبت به سایر منافع سکوت شده است.

حال وقتی در مثل مورد دو روایت مذکور که بایع خود مالک اصلی هم نیست، بلکه غاصب و سارق یا فضولی است، و جادارد که سختگیری شود [الغاصب یؤخذ با شقّ الاحوال] معذلک راجع به منافع غیر مستوفات بحثی نشده و مشتری ضامن نیست. پس در ما نحن فیه که خود مالک اصلی طرف بیع است به طریق اولی مشتری نسبت به منافع فائته و تالفه و غیر مستوفات ضامن نیست.

قدم سوّم:

قوله: والانصاف:

در قدم سوّم به ادلّهٔ عدم ضمان هم خیلی توجّهی نکرده و می فرمایند: انصاف اینست که: در مسئله منافع غیر مستوفات، جای توقّف می باشد [یعنی برای ما روشن نیست و نمی دانیم که آیا ضامن است یا خیر؟] چه اینکه عدّه ای از فقهاء نیز توقّفی شده اند.

---

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۴، ص۵۹۱، حدیث اوّل، باب۸۸، نکاح عبید واماء.

از قبیل: شهید ثانی در مسالک[۱] و شهید اوّل در دروس[۲] و فاضل مقداد در التنقیح[۳] و از فرمایشات علاّمه ره در کتاب قواعد باب الغصب مبحث احکام بیع فاسد[۴] اینطور استظهار شده که: اگر بایع جاهل به فساد بوده و مبیع را به قبض مشتری داده، مشتری ضامن است. و اگر عالم به فساد بوده جای اشکال و توقّف است، و توقّف را به این فرض منحصر کرده است. مرحوم سیّد عمید صاحب کتاب کنز الفوائد و محقّق ثانی در جامع المقاصد[۵] از عبارت قواعد همین استنباط را کرده اند. ولی فخرالدین فرزند علاّمه از عبارت پدرش در قواعد اینطور برداشت کرده که: وی مطلقاً در منافع غیر مستوفات توقّفی شده چه در فرض علم بایع و چه جهل بایع[۶]

قوله: فیتحصّل:

حال که مبانی گوناگونی در مسئله پیدا شد، بجا است یک جمع بندی کرده و حاصل اقوال را فهرست کنیم: بطور کلی دربارهٔ ضمانِ منافع غیر مستوفات پنج قول وجود دارد:

۱ـ ضمان به قول مطلق [چه بایع عالم باشد و چه جاهل] قول اکثر فقهاء همین است.

۲ـ عدم ضمان مطلقاً، قول فخرالدین در ایضاح.[۷]

۳ـ تفصیل بین صورت علم و جهل بایع: اگر جاهل بوده مشتری ضامن

---

(۱) مسالک، ج۱، ص۱۷۱.

(۲) الدروس، ص۳۳۵.

(۳) التنقیح، ج۲، ص۳۲.

(۴) القواعد، ج۱، ص۲۰۸.

(۵) جامع المقاصد، ج۶، ص۳۲۴.

(۶) ایضاح الفوائد، ج۲، ص۱۹۴.

(۷) ایضاح الفوائد، ج۲، ص۱۹۴.

است. و اگر عالم بوده مشتری ضامن نیست. این قول از برخی شارحان و محشّیان شرایع مستفاد است.

۴ـ **تفصیل دیگر**: اگر بایع جاهل بوده مشتری ضامن است و اگر عالم بوده و داده توقّف کرده و می گوئیم: مسئله محلّ اشکال است و نمی دانیم که ضامن است یا نه؟ جامع المقاصد و کنز الفوائد از عبارت قواعد این قول را استظهار کردند.

۵ـ مطلقاً توقف کنیم، این قول هم رأی دروس و مسالک و تنقیح بود، و طبق احتمالی که فخرالدین در کلام علاّمه داد رأی قواعد هم همین بود.

مرحوم شیخ هم در این مرحله همین قول را به انصاف نزدیکتر دانستند.

قدم چهارم:

قوله: الآنّ:

در آخرین قدم به حکم دو اجماع منقول فتوی به ضمانِ مشَتری نسبت به منافع غیر مستوفات داده و طرفدار رأی مشهور می شوند:

۱ـ اجماع منقول از علاّمه در تذکرة: به عقیدهٔ علاّمه انسان منافع اموال را [از قبیل: منافع عبد، جامه، باغ و ...] مطلقاً ضامن است چه مفوّت و متلف آنها باشد و چه آن منافع خود به خود در دست عدوانی تلف شود. متفرع براین: اگر عبد یا اَمَه یا باغ یا حیوانی را غصب کند منافع آنها را ضامن است چه آن منافع را اتلاف کرده و بکار گرفته باشد و چه آن منافع در دست او خود به خود فوت شده باشد یعنی مدّتی عین در دست او بوده و از آن استفاده نکرده و منافعش فوت شده است. و دلیل ضمان را اجماع علماء امامیّه قرار داده و فرموده: عند علمائنا اجمع[۱]

قوله: ولا یبعد:

گویا کسی به مرحوم شیخ اعتراض کرده و می گوید: سخن علاّمه در مورد

---

(۱) التذکرة، ج۲، ص۳۸۱.

ید عدوانی و غاصب است و ربطی به مشتری در بیع فاسد ندارد، چگونه بدان استشهاد می کنید؟ در جواب می فرمایند: مراد علاّمه از ید عدوانی در مقابل ید حقّه است یعنی یدی که به حقّ مالیرا نگرفته، و ید مشتری هم ید حقّه نیست پس عدوانی است. علی الخصوص اگر مشتری عالم به فساد بوده و بایع هم جاهل بوده و قبض و اقباض صورت گرفته که در این فرض ید عدوانی است. علی الخصوص اگر مشتری عالم به فساد بوده و بایع هم جاهل بوده و قبض و اقباض صورت گرفته که در این فرض ید عدوانی بودن واضحتر است. [اشاره به چهار صورتی است که سابقاً در قاعدهٔ اصل، ثم انّه لا فرق... داشتیم که: هردو عالم باشند یا هردو جاهل و یا بایع عالم و مشتری جاهل و یا بالعکس]

۲ـ قوله: واظهر منه:

عبارت ابن ادریس در سرائر در اواخر باب اجارة:

وی در باب اجاره فرموده: اجماع قائم است براینکه غاصب منافعِ مال مغصوب را ضامن است حتّی منافع فوت شده و غیر مستوفات را[1]

و در باب بیع فرموده: بیع فاسد نزد علماء امامیه [همین جمله ظهور در ادّعای اجماع دارد.] به منزلهٔ غصب بوده و احکام آن را دارد مگر یک حکم که: نبود اثم و گناه باشد. [و یکی از احکام غصب ضمان منافعِ غیر مستوفات بود پس در بیع فاسد هم این ضمان هست.][2]

با وجود این اجماعات منقوله به نظر ما قول به ضمان در منافع غیر مستوفات خالی از قوّت نیست.

قوله: وان کان:

ممکن است کسی بگوید: طبق آنچه از صحیحهٔ ابی ولاّد [خواهد آمد]

---

(۱) السرائر، ج۲، ص۴۷۹.
(۲) السرائر، ج۲، ص۳۲۶.

مستفاد است حتی در مغصوب هم فقط ضمان نسبت به منافع مستوفات است پس در غیر مغصوب [بیع فاسد] به طریق اولی باید چنین باشد.

مرحوم شیخ می فرماید: به صحیحهٔ مذکور، از این جهت در مورد خودش هم عمل نشده و در باب غصب کسی نگفته: منافع غیر مستوفات را ضامن نیست. پس نتوان باب دیگر را [بیع فاسد]به آن قیاس کرد.

(۴)
(مثلی و قیمی)

قوله: الرابع:

چهارم از اموری که برمقبوض به عقد فاسد متفرّع می شود آنست که: اگر مبیع در دست مشتری تلف شد [به آفت سماوی باشد یا با اتلاف خود مشتری] بلاشک مشتری ضامن است و باید عوض یا بدل عین تالف را به بایع بپردازد، ضمان هم به عوض واقعی است نه عوض المسمّی

ولی سخن در اینست که: فقهاء به پیروی از عرف عام و عقلاء اجناس را به دو دسته تقسیم کرده اند: ۱ـ مثلی ۲ـ قیمی

و فرموده اند: اگر مبیعِ تالف، مثلی بوده مشتری باید مثل آن را بپردازد و اگر قیمی بوده باید قیمت آن را بپردازد. و در این جهت احدی مخالفت نکرده مگر ابن جنید اسکافی که از ظاهر کلامش مخالفت حکایت شده.

[مرحوم شهیدی می فرماید: حاکی مقدس اردبیلی در شرح ارشاد است آنجا که می گوید: ان تلف المغصوب دفع قیمته او مثله ان رضی به صاحبه، و این کلام اطلاق دارد یعنی مغصوبِ مثلی را هم شامل است و خلاصه جناب اسکافی به قول مطلق و بطور کلّی فرموده: ضمان تالف در قدم اوّل به قیمت است و

پرداخت مثل منوط به تراضیِ طرفینی است.[1]] حال اصل مطلب که در مثلی مثل باید داده شود جای بحث نیست و اجماعی است ولی مطالبی در رابطهٔ با آن مطرح است که به ترتیب کتاب می آوریم:

مطلب اوّل: تعریف مثلی و قیمی: بالطبع اوّلین مطلبی که مطرح می شود مقام تصوّر آندو عنوان است تعاریف مختلفی از سوی فقهاء شیعه و سنّی دربارهٔ مثلی و قیمی مطرح شده که مرحوم شیخ هفت نوع تعریف ذکر می کنند و هیچکدام را هم قبول ندارند:

تعریف اوّل: مرحوم شیخ طوسی[2] و سیّد بن زهرة[3] وابن ادریس حلّی[4] و محقّق اوّل[5] و شاگرد محقّق جناب کاشف الرموز[6] و علاّمه[7] و دیگر بزرگان و بلکه به قول بعضی: مشهور فقهاء در تعریف مثلی و قیمی چنین گفته اند:

المثلی ما یتساوی اجزائه من حیث القیمة. و در مقابل: القیمی ما لا یتساوی... برای توضیح این تعریف توجه به دو نکته لازم است:

۱ ـ مراد از اجزاء چیست؟ ظاهر کلمهٔ جزء در مقابل کلّی است مثلاً یک حبّهٔ گندم یا یک درهم و... کلّ است و شکسته های آنها اجزاء او هستند، ولی در ما نحن فیه مراد از جزء در قبال کل نیست بلکه مراد از اجزاء افراد و مصادیق

---

(۱) هدایة الطالب، ص۲۲۴.
(۲) مبسوط، ج۳، ص۵۹.
(۳) غنیة النزوع، ص۵۳۷.
(۴)
(۵) سرائر، ج۲، ص۴۸۰.
(۶) شرائع الاسلام، ج۳، ص۲۳۹.
(۷) کشف الرموز، ج۲، ص۳۸۲.
قواعد، ج۱، ص۲۰۳.

است و به قول مرحوم شیخ: مراد آن چیزی است که طبیعت براو صدق می کند یعنی مثلاً گندم که نام کلی و طبیعت است برآن صادق باشد و کلمهٔ گندم برنصف حبّه صدق نمی کند بلکه برحبّه کامل صادق است پس مراد از جزء یعنی فرد، آنهم نه هر فردی بلکه خصوص آن فردی که دارای قیمت و مالیّت باشد مثل یک مشت گندم مثلاً یا یک کیلو مثلاً.

[**سئوال**: اگر مراد از اجزاء همان افراد است پس چرا تعبیر به اجزاء کرد نه به افراد؟

جواب: سرّش آنست که ولو حبّه های گندم در یک کیلو مثلاً هرکدام فردند ولی از آنجا که به تنهائی ارزش ندارند، چون شیئ یسیر هستند، و در کنار سایر حبّه ها مالیّت پیدا می کنند پس گویا که هر بخشی فرد نیست بلکه جزء است.]

۲ـ مراد از تساوی اجزاء از حیث قیمت چیست؟ مراد اینست که اگر فرضاً صد من گندم داشته باشیم که بیست هزار تومان قیمت دارد، چنانچه آن را به دو نصف تقسیم کنیم هرنصفی قیمت نصف مجموع را تأمین کند و اگربه سه ثلث کنیم هر ثلثی قیمت ثلث مجموع را و هکذا ربع و عشر و... براین اساس گندم و جو و مانند آن مثلی است چون اگر مقدار معیّنی از آن را تنصیف یا تثلیث کنیم هرکدام از حصّها به نسبت مجموع قیمتی را تأمین می کند. ولی فرش دستباف مثلاً قیمی است چرا که اگر فرش کامل مثلاً یک میلیون تومان ارزش داشته باشد چنانچه آن را تنصیف کنیم هرنصفی را به نصف قیمت مجموع خریداری نمی کنند و...

قوله: ومن هنا:

براساس توضیحی که دادیم جناب شهید ثانی فرموده: گرچه خود نقدین یعنی درهم و دینار مثلی است ولی چیزهائی که از آندوریخته می شود وزرگر آنها را می ریزد از قبیل انگشتر، النگو، دستبند و... قیمی هستند چرا که انگشتر سالم

طلا مثلاً ده هزار تومان ارزش دارد ولی اگر آن را بشکنیم و به دو نصف قسمت کنیم از قیمت آن کاسته شده و هر نصفی قیمت نصف مجموع را تأمین نمی کند، [1] [زیرا هیئت اجتماعیّه نقش داشته که از بین رفته است.]

قوله: قلت:

مرحوم شیخ می فرماید: طبق توضیح قبلی از تساوی اجزاء اشکالی به تعریف مشهور به ذهن می آید و آن اینکه: اگر ما یک درهم را در نظر بگیریم نباید آن را مثلی بدانیم چرا که وقتی آن را شکسته و به دو نیم درهم تبدیل کنیم هر نصفی قیمت نصف مجموع را تأمین نمی کند و از ارزش آن کاسته می شود، پس تعریف مذکور برآن منطبق نیست پس نباید مثلی باشد در حالی که بالاجماع درهم و دینار از مثلیّات شمرده شده است. پس تعریف مذکور جامع افراد نیست.

قوله: الاّ ان یقال:

مرحوم شیخ از اشکال خودش جواب داده و می فرماید:

[مثلی بودن یک درهم نسبت به شخص همان درهم نیست زیرا که این معنی ندارد شخص شیئی که مثل خودش نیست و اصولاً مثلیّت و مماثلت دلیل براثنینیّت و دوئیّت است، واحدی هم بدان تفوّه نکرده] باقی می ماند اینکه مثلی بودن آن یا به لحاظ جنس باشد که جنس درهم فضّه و نقره است چه سالم و چه مکسور و شکسته شده، و یا به لحاظ نوع درهمهای سالم در دنیا باشد و یا بهتر آنست که بگوئیم به لحاظ صنف آن است که هر نوعی خود اصنافی دارد و هر صنفی افرادی دارد و هر فردی از صنف درهم سالم عراقی مثلاً با فرد دیگری از همان صنف مثل هم می باشند و به این لحاظ درهم واحد هم مثلی است.

قوله: ولذا:

شاهد این مطلب که مثلی بودنِ درهم به لحاظ نوع یا صنف آن یعنی

---

(۱) مسالک الافهام، ج۲، ص۲۶۰.

درهمـهـای سـالم است، آنست کـه: از نظر عـرف کـسی جریش یعنی بلغـور یا شکسته ها و خـورد شده های گندم را مـثل گندم به حـساب نمی آورد، مـثل گندم، گندم سـالم دیگر است. و نیز خـورد شـده های برنج را مـثل خـود برنج نمی دانند بلکه مثل برنج، برنج سالم است و... .

قوله: ومن هنا:

از مطالبی کـه در رابطـه با جـواب اشکال ذکـر شـد به این نتـیـجـه می رسـیم کـه چنین نیست کـه هر جنسی بطور کلّی مثلی باشـد مثلاً جنـس گندم در ضمن هر نوع یا صنف آن کـه باشـد مـثل گندم از نوع دیگر باشـد خـیـر ای چـه بسـا قـیـمـتـهـا کامـلاً متـفاوت باشد. بـلکه مراد اینست کـه هر نوعی از انواع یک جنس با یکدیگر مـثلی اند یعنی افـراد همـین نوع با یکدیگر، بلکـه بهتـر اینکه بگـوئیم: هر صنفی از اصناف یک نوع با یکدیگر مثلی اند و نسبت به افراد همان صنف مثلی می باشند ولو نسبت به افراد صنف دیگر مثلی نباشند.

قوله: فلا یرد:

مرحوم مقدّس اردبیلی به تعریف مشهور اشکالی کرده و آن اینکه: مراد شما از این تسـاوی اجزاء و افـراد از حیث قیمت چیست؟ آیا منظور تساوی بالجـمله و به نحو کلی و صددرصد است یعنی تمام انواع یک جنس و اصناف یک نوع و افراد یک صنف با هر خـصوصـیّت و صـفتی کـه دارند مثلی هـستند و مـثلاً صـد من از هر نوع گندمی با صد من از هر نوع دیگر از حیث قـیمت برابرند؟ یا منظور تساوی فی الجمله است یعنی برخی از انواع یک جنس یا اصناف یک نـوع با یکدیگر در قیمت برابرند نه همـۀ آنهـا؟ اگر مـرادتان تسـاوی به نحـو مـوجبـۀ کلیّه باشـد تعـریف شـمـا جـامع افـراد نیست بلکه اصـلاً فرد نـدارد و بر هیچ فـردی از افراد مـعـرَّف [مـثلی] صادق نیست. زیرا کـه شما روی هر کالای مثلی کـه انگشت بگذارید خواهید دید که اجزاء و افـراد آن صددرصد از حیث قـیمت برابر نیستند فی المثل گـندم که همه

می گویند مثلی است یک پیمانه از گندم آبی یا دارای رنگ کذا و یا با حجم فلان را با پیمانهٔ دیگر از گندم دیم یا رنگ دیگر و ... که مقایسه کنید خواهید دید که قیمت ها یکسان نیست. پس در عالم ما نباید جنس مثلی داشته باشیم و اگر مرادتان تساویِ فی الجمله است خواهیم گفت: تعریف شما مانع اغیار نیست، زیرا تساویِ فی الجمله اختصاص به مثلیّات ندارد، در قیمیّات نیز وجود دارد فی المثل پارچه، زمین و ... که بطور مسلّم از قیمیّات محسوب شده طبق این فرض باید مثلی باشند زیرا فی الجمله و در بعض موارد پارچه ای با پارچهٔ دیگر، زمینی با زمین دیگر و ... از حیث قیمت برابری می کنند. پس باید مثلی باشند ولا یلتزم به احد.[1]

قوله: وقد لوّح:

خود محقّق مذکور در آخر کلامش تلویحاً از اشکال مذکور جوابی داده که ما از اشکال درهم دادیم و آن اینکه: منظور از اینکه حنطه مثلی است نه اینست که: تمام افراد این جنس یا نوع با همهٔ اصنافی که دارند و هر صنفی هم با خصوصیاتی که دارد همه و همه مثل هم و مساوی در قیمت هستند بلکه مراد اینست که: هر صنفی از اصناف مختلف گندم مثلی است یعنی افراد همان صنف معین با یکدیگر مثلی اند نه با افراد اصناف دیگر.

در نتیجه اگر مقداری و فردی از صنف معیّنی به عهدهٔ کسی آمد [مثلاً گندم زرد کذا وکذا] در مقام ادا باید فردی از همان صنف را بدهد نه فردی از صنف دیگر را و نه قیمت را چون با وجود مثلی نوبت به قیمت نمی رسد.[2]

پس اردبیلی ره نیز مثلی بودن را به لحاظ افراد یک نوع یا یک صنف عنوان کرد نه انواع گوناگون یک جنس با آنهمه اختلاف در خصوصیات و صفاتی که در

---

(۱) مجمع الفائدة والبرهان، ج۱۰، ص۵۲۲ـ۵۲۳.
(۲) مجمع الفائدة والبرهان، ج۱۰، ص۵۲۳.

زیاده و نقصانِ قیمت دخیل هستند.

قوله: ولکن:

گرچه تا به حال اشکالهای تعریف مشهور را جواب دادیم و لکن به عقیدهٔ ما دو ایراد اساسی بر تعریف مذکور وارد است که قابل جواب نیست:

ایراد اوّل: این ایراد دو شقّ دارد [اگر چه در عبارت کتاب به این صورت بیان نشده]

شق اوّل: اگر تساوی اجزاء به لحاظ افراد یک نوع یا صنف باشد [که تا به حال مطرح بود] اشکالش اینست که: برخلاف ظاهر کلام فقهاء است، زیرا فقهاءوقتی می گویند: الحنطة مثليّة، الشعير مثليّ و... الف و لام برای جنس است و ظاهرش آنست که جنس حنطه مثلی است در ضمن هر نوع یا صنفی که باشد و طبق بیان شما تعریف بر جنس صادق نیست و این مخالف با ظاهر کلمات قوم است.

قوله: واطلاق:

اگر شما بگوئید: منظور فقهاء هم از اینکه می گویند: الحنطة مثليّة و... و بر جنس اطلاق مثلی می کنند بلحاظ خود جنس نیست بلکه به لحاظ نوع یا صنف است و بیان ما منافاتی با منظور آنان ندارد.

در جواب می گوئیم: اگر چه این توجیه، توجیه بعیدی نیست [زیرا که جنس فی نفسه امری مبهم است و امرش میان این و آن دائر است و همیشه در ضمن نوعی از انواع و صنفی از اصناف تحقّق می یابد.]

ولی اینکه در مقام تعریف بر جنس اطلاق مثلی بودن بکنند امّا منظورشان نوع و صنف باشد اشکال دارد، زیرا که مقام تعریف مقام تدقیق است نه تسامح و طبق توجیه شما باید گفت تعریف مذکور نیاز به تقدیر دارد و منظور اینست که: ما یتساوی اجزائه ای اجزاء نوعه او صنفه... پس اشکال به قوّت خود باقی است که

مثلی بودن حنطه و مانند آن اگر به لحاظ نوع یا صنف باشد با ظاهر اطلاق فقهاء منافی است.

قوله: الآن یهملوا:

در واقع این فراز شقّ دوّم اشکال است.

بیان ذلک: و اگر تساوی اجزاء به لحاظ خود جنس باشد و در مقام تعریف خصوصیات نوعیه و صنفیّه ای که در زیاده و نقص قیمت دخیلند مدّنظر نباشد و مسکوت گذارده شود و جنس بما هو هو مورد تعریف باشد [تا با ظاهر اطلاقات هم منافی نباشد.] ولی در مقام عمل و اداء که شخصی نسبت به مال کسی ضامن شده یا مال مثلی را از کسی قرض کرده و می خواهد بدل آن را بپردازد حتماً باید خصوصیات را مراعات کند و اگر از صنف کذا تلف کرده فرد دیگری از همان صنف را بپردازد و جنس کافی نیست.

مرحوم شیخ می فرماید: اینکه بعیدتر است. [زیرا که وقتی شما مثلی را تعریف می کنید و می گوئید: ما یتساوی اجزائه یعنی اجزاء خود جنس، بدان معنا است که آنچه تعریف بر آن صادق است همان را در مقام اداء بدهد و معنی ندارد که رعایت خصوصیات کند و گرنه تعریف بطور کلی لغو و بی فائده خواهد بود.

قوله: هذا مضافا:

ایراد دوّم: این ایراد نیز دو شق دارد، بیان ذلک:

برفرض که از اشکال قبلی صرفنظر کرده و بگوئیم تعریف به لحاظ نوع یا صنف است و تساوی اجزاء یعنی اجزاء صنف و نوع، می گوئیم: مرادتان از تساوی اجزاء نوع یا صنف چیست؟

شقّ اوّل: آیا مراد تساوی حقیقی و صددرصد و به دقت عقلی است که یعنی این فرد از صنف معیّن از گندم با فرد دیگر از همان صنف از حیث خصوصیاتی که در زیاده و نقصان قیمت نقش دارند کاملاً برابرند و هیچکدام خصوصیت بیشتری

ندارند؟ اگر این باشد می گوئیم: تعریف جامع افراد نیست زیرا در همان اموری هم که بالاجماع از مثلیات هستند خیلی کم اتفاق می افتد که دو یا چند فرد از نوع یا صنف معیّنی از لحاظ صفات و خصوصیات کاملاً مساوی باشند [ای چه بسا دو فرد از حنطه در دو زمین مجاور باهم متفاوت باشند یا حتی در یک زمین که قسمتهائی از آن مرغوبتر است باهم متفاوت باشند و ...]

شقّ دوّم: آیا مرادتان تساوی عرفی مسامحی است که یعنی این فرد با فرد دیگر از همین نوع یا صنف متقارب الصفات بوده و از لحاظ صفاتی که در قیمت دخیل می باشند برابرند اگرچه تساویِ حقیقی ندارند، خواهیم گفت: این معنا در بیشتر اجناس قیمی هم وجود دارد یعنی آنها هم افرادشان خیلی جاها متقارب الصفات هستند، در نتیجه تعریف شما مانع اغیار نیست.

قوله: فانّ:

در اینجا شواهدی برمدّعای مذکور اقامه می کنند:

۱ـ بلا اشکال عبد و امه از قیمیات هستند ولی معذلک افراد جاریه یا عبد یا غنم و هرحیوان دیگر هم گاهی متقارب الصفات هستند و از حیث صفاتی که در قیمت دخیل از مثل هم می باشند و قیمت برابری دارند، پس تساویِ عرفی در قیمیات هم وجود دارد.

۲ـ قوله: وبهذا:

در بیع سلم که متاعی را پیش فروش می کنند باید آن را توصیف کنند تا رفع غرر و جهالت شود ولی نباید بقدری اوصاف بیاورند که آن شیئی نایاب یا کمیاب بشود، وگرنه معامله باطل است. حال فقهاء فرموده اند پیش فروش کردنِ جاریه صحیح است و این براساس همین تقارب صفات و اعتبار تساویِ عرفی است و الاّ اگر تساویِ حقیقی بود که چه بسا اصلاً چنین جاریه ای پیدا نمی شود و معامله باطل بود.

۳ـ قوله: ولذا:

علاّمه در تذکره در باب قرض فرموده: آنچه از اجناس قیمی در آن بیع سلم صحیح است در باب قرض مضمون به مثل است.[۱] [پس قیمیات هم مثل دارند و این مثل صددرصد نیست بلکه تماثل و تساوی عرفی و تقارب صفات است.]

٤ـ قوله: وقدعدّ:

شیخ طوسی هم در مبسوط[۲] فرموده: رطب و میوه جات از قیمیات است در حالی که در اکثر آنها این معنی وجود دارد که فردی با فرد دیگر متقارب الصفات و یا حتّی از حیث صفات دخیله در قیمت برابرند. پس اگر مراد تساویِ عرفی باشد باید تمام اینها را مثلی بدانیم پس تعریف مانع اغیار نیست.

قوله: ثم لوفرض:

گویا کسی می خواهد از اشکال دوم شیخ جواب دهد و بگوید: مراد از تساویِ اجزاء تقارب در صفات است و این معنا در پاره ای از قیمیات هم هست با این تفاوت که در انواع مثلی افراد متقارب الصفات فراوان است و در انواع قیمی چنین چیزی نادر الوجود است ولذا تعریف شامل مثلیات می شود نه قیمیات.

مرحوم شیخ می فرماید: اوّلاً کثرت و قلّتِ مذکور را قبول نداریم و مدعی هستیم که در قیمیات افراد متقارب الصفات بسیارند.

و ثانیاً برفرض قبول، می گوئیم: کثرت و قلّت افراد متساوی الصفة اشکال را برطرف نکرده و مشکل مانع اغیار بودنِ تعریف را اصلاح نمی کند [زیرا بناء تعریف برشرح و بیان حقیقت و ماهیّت است و کاری به افراد ندارد پس افراد کم را هم می گیرد و اشکال کما کان باقی است.]

---

(۱) تذکرة الفقهاء، ج۲، ص۵.
(۲) مبسوط، ج۳، ص۹۹.

قوله : نعم :

آری کثرت و قلّت وجود افراد متقارب الصفات در جهت دیگر نقش دارند و آن حکمت و ملاك و فلسفهٔ حکم است یعنی اینکه فقهاء فرموده اند : در مثلیات باید مثل بپردازد برای آنست که مثل زیاد است و ضامن دچار زحمت نمی شود ولی در قیمیات مثل کم است و مشقّت دارد ولذا قیمت را که بدهد کافی است ولی این ربطی به تعریف و شمول آن ندارد .

قوله : ثم انّه :

علاوه برتعریف مشهور، تعریفهای دیگری هم از مثلی و قیمی صورت گرفته که از لحاظ نسبت سنجی پاره ای از آنها از تعریف قبلی اعم و پاره ای اخص می باشند و در هرحال اینها نیز مبتلا به اشکال می باشند .

تعریف دوّم : یکی از این تعریفها از علاّمه در تحریر است که فرموده : المثلی ما تماثلت اجزائه وتقاربت صفاته[1] این تعریف از جهاتی اعم است :

الف : بجای تساوی تعبیر به تماثل کرده و مثل شاید اعم از مساوی باشد .

ب : قید بحسب القیمه را نیاورده و از این جهت هم اعمّ است .

ج : کلمه و تقاربت صفاته را آورده که در قیمیات هم هست پس باز هم اعمّ است .

و اشکال تعریف اینست که :

اوّلاً دوری است چون در تعریف مثلی تماثل را آورده .

و ثانیاً آیا تماثلی حقیقی مراد است یا عرفی؟ همان اشکال تعریف قبل .

ثالثاً مانع اغیار نیست .

تعریف سوّم : شهید اول در دروس[2] و شهید ثانی در شرح لمعه[3] چنین

---

(۱) تحریر الاحکام، ج۲، ص۱۳۹ .

(۲) دروس، ص۳۰۹.

(۳) شرح لمعه، ج۷، ص۳۶.

فرموده اند:

المثلی المتساوی الاجزاء والمنفعة المتقارب الصفات.

این نیز از جهاتی اعمّ و از جهاتی اخص است از اینکه متساوی الاجزاء را به قید بحسب القیمة مقیّد نکرده اعمّ است ولی از حیث آوردن والمنفعة اخصّ است و درهرحال همان اشکال تعریف اوّل را دارد. و در عین حال مرحوم شهید ثانی در مسالک[۱] و سبزواری در کفایه[۲] فرموده اند: این تعریف از همهٔ تعریفها سالمتر است.

تعریف چهارم: شهید اول در غایة المراد فرموده: المثلی ما تساوی اجزائه فی الحقیقة النوعیة[۳] این نیز از جهتی اعم است چون تساوی اجزاء را مقید به قید بحسب القیمة نکرده و ظاهرش تساوی افراد یک نوع در صدق کلی و نوع برآنها است و اختصاص به مثلیات ندارد.

تعریف پنجم: بعض از فقهاء عامّه گفته اند: المثلی ما قدّر بالکیل والوزن، یعنی مثلی آن کالائی است که با کیل و وزن اندازه گیری شود و خلاصه: مکیل یا موزون باشد.[۴] اشکال این تعریف هم آنست که: نه مانع است و نه جامع زیرا که برخی چیزهائی که مکیل و موزون هستند مثل میوه جات مثلی نیستند وبرخی چیزهائی که مثلی هستند مکیل و موزون نیستند مثل پارچه های یک کارخانه که با متر و زرع معامله می شوند.

تعریف ششم: بعض دیگر از عامّه گفته اند: مثلی آنست که با کیل و وزن تقدیر شود و بیع آن به طور سلم و پیش فروش جایز باشد.[۵] این نیز اشکال دارد

---

(۱) مسالک الافهام، ج۲، ص۲۵۹.

(۲) کفایة الاحکام، ص۲۵۷.

(۳) غایة المراد، ص۱۳۶.

(۴) بدایة المجتهد، ج۲، ص۳۱۷.

(۵) فتح العزیز، ج۱۱، ص۳۶۶.

زیرا اختصاص به مثلی ندارد قیمیات هم مثل جاریه به بیع مسلم معامله اش صحیح است البته به شرط اینکه زیاد توصیف نکنند که موجب کمیابی یا نایابی شود.

تعریف هفتم: برخی دیگر از عامّه علاوه بردو قید مذکور قید سوّمی افزوده و گفته اند: مثلی آنست که: قدّر بالکیل والوزن، وجاز بیعه سلماً، وجاز بیع بعضه ببعض آخر، یعنی بتوان فردی از او را با فردی دیگر معامله کرد مثل صد من گندم به صد من دیگر.(۱)

اشکال این تعریف هم آنست که اختصاص به مثلی ندارد در قیمیات هم شما زمینی را به زمین دیگر معاوضه می کنید. و تعریفهای دیگری که علاّمه در تذکره از قول عامّه ذکر کرده اند.(۲)

نتیجه: از تعریفهای مذکور نتیجه ای نگرفتیم و نتوانستیم یک معنای جامعی برای مثلی و قیمی ذکر کنیم باید دید قدم بعدی چیست؟

مطلب دوّم:

قوله: ثم لا یخفی:

گرچه تعریفهای مثلی تماماً مورد مناقشه قرار گرفت و ردّ شد ولی مهمّ نیست.

بیان مطلب: مقدّمه: همانطوری که در کتب اصولی و منطقی آمده یک سلسله حقائق لغویّه وجود دارد از قبیل انسان ـ اسد ـ ارض و... و یک سری حقائق عرفیّهٔ عامّه از قبیل دابّة، سیّاره، طیّاره و...، و یک عدّه حقائق اصطلاحیه یا عرفیّهٔ خاصّه مانند: معرّف و حجّت در علم منطق و اماره و اصل عملی در علم اصول و... و یک تعداد حقائق شرعیه از قبیل: صوم، صلوة، حجّ و...، و یک

---

(۱) تذكرة الفقهاء، ج۲، ص۳۸۱.
(۲) تذكرة الفقهاء، ج۲، ص۳۸۱.

مقداری حقائق متشرّعیه از قبیل: وجوب، استحباب، کراهت و... با این مقدّمه می گوئیم:

واژهٔ مثلی از حقائق شرعیه که نیست وگرنه نقل می شد و بدست ما هم می رسید. و نیز از حقائق متشرعیّه هم نیست که در لسان مسلمین بما هم مسلمون در اثر کثرت استعمال در معنای شرعی حقیقت شده باشد.

آری حقیقت لغویّه دارد و در لغت به معنای مماثل آمده ولی در ما نحن فیه این معنا مراد نیست زیرا اگر مثلی عبارت باشد از شیئی ای که دارای مماثل است، خواهیم گفت: همان اشکالی که برتعریف مشهور بود براین هم وارد است و آن اینکه: مراد از مماثل داشتن چیست؟

اگر منظور اینست که: مماثل همه جانبه و از همهٔ جهات و صد در صد داشته باشد اشکالش اینست که: این بیان جامع افراد نیست، زیرا خیلی کم است و یا اصلاً نیست مثلی ای که تمام افراد و انواع و اصناف آن با یکدیگر تماثل کلّی و صددرصد داشته باشند.

و اگر مراد این باشد که مماثل از بعض جهات و فی الجمله داشته باشد. اشکالش اینست که: بیان شما مانع اغیار نیست زیرا هیچ متاع قیمی ای نیست مگر اینکه بعض از افراد یا اصناف آن با بعض دیگر مماثلت و تقارب در صفات دارند پس حقیقت لغویّه هم مدّنظر نیست. و از طرف دیگر قطع نظر از حقیقت بودن در یک معنا، اصولاً واژهٔ مثل و مثلی در لسان آیات و روایات هم موضوع حکمی قرار نگرفته و شارع نفرموده: یجب فی المثلی المثل تا نیاز به بحث از معنای آن و کنکاش از حدود آن پیدا کنیم.

قوله: نعم:

آنچه مسلّم است اینکه: عرف عام و عقلاء عالم عملاً در امور و شئون زندگی خود چنین می کنند یعنی در بعض موارد اگر مالی تلف شود مثل آن را

دریافت می کنند، و فقهاء عظام هم که خود از اهل عرف هستند.

در اینجا از همین روش عقلاء پیروی کرده و اجماع نموده اند براینکه: در مثلی باید مثل پرداخت شود و در غیر مثلی باید قیمت را بپردازیم ولی در معنای آن که اجماع ندارند، و در تعیین معنای مثلی که معقد اجماع بود نتوان به قول بعض و تعریف جمعی اکتفا کرد. اینست که تعریف مهمّ نیست.

قوله: فحینئذ:

حال چه باید کرد؟ باید انواع و اقسام اجناس و کالاها را ملاحظه کنیم: آندسته از امتعه که به اتفاق همهٔ فقهاء بلکه همهٔ اهل عرف [چون این اجماع فقهاء از آن اجماعات شرعی و تعبّدیِ کاشف از رأی معصوم نیست.] از مثلیات هستند از قبیل: گندم ـ جو ـ برنج، درهم ـ دینار و ...، حکمش روشن است یعنی ضامن باید مثل آنها را به مالک اصلی بدهد و دلیل وجوب دفع مثل، اجماع است.

وآندسته از کالاها که بالاجماع قیمی هستند از قبیل: منزل، فرش، حیوان، میوه جات و ... باید قیمت آنها را بپردازد. و دلیل مطلب هم اجماع است.

ولی اجناسی هم وجود دارد که در نزد فقهاء مورد نزاع است و گروهی آنها را مثلی دانسته اند و گروهی قیمی، مهمّ تعیین وضع اینها است و گرنه موارد اجماع که دلیل خاص دارد و مشکلی ندارد. ابتدا چند مثال برای موارد اختلافی:

۱ـ طلا و نقرهٔ غیر مسکوك [یعنی غیر درهم و دینار] شیخ طوسی ره در مبسوط[۱] صریحاً فرموده: آندو از قیمیّات هستند. ولی دیگر فقهاء آندو را از مثلیّات دانسته اند.

۲ـ آهن، مس، سرب و ... ظاهر عبارت شیخ در مبسوط[۲] و ابن زهره در غنیه[۳]

---

(۱) مبسوط، ج۳، ص۶۰.

(۲) مبسوط، ج۳، ص۶۰.

(۳) غنیة النزوع، ص۵۳۷.

و ابن ادریس در سرائر[۱] آنست که اینها از اجناس قیمی هستند. ولی عبارت علاّمه در تحریر صریحاً دلالت دارد براینکه: اصول این اجناس [قبل از اینکه ریخته شوند و ذوب شوند و تبدیل به تیر آهن یا ظرف مسی و... شوند.] مثلی هستند. اگر چه بعد از ریخته شدن الآن که ظرف و... شده اند قیمی می باشند.[۲]

۳ـ رطب، تمر، عنب، زبیب: شیخ طوسی در مبسوط فرموده: رطب و عنب قیمی هستند و تمر و زبیب مثلی هستند[۳] ولی علاّمه در مختلف فرموده: این فرق گذاری محلّ اشکال است[۴] ودلیلی ندارد که رطب و عنب را مثلی ندانیم یا تمر و زبیب را قیمی ندانیم، و بعض از قریب العصرهای ما از اشکال و تردید قدم را فراتر نهاده و صریحاً فرموده اند: رطب و عنب هم مثلی هستند.[۵]

۴ـ پارچه: محقق ثانی در جامع المقاصد یکجا فرموده: پارچه مثلی است[۶] ولی مشهور با او مخالفت کرده و پارچه را قیمی دانسته اند. [در اینجا به نکته ای اشاره می کنم. وآن اینکه در زمان قدیم که پارچه ها دستباف یا با وسائل ابتدائی بافته می شد و هکذا فرشها و گلیم ها و... قیمی محسوب می شد ولی امروزه که با ابزار صنعتی و پیشرفته نسّاجی می شوند و هزار هزار فرش یا پارچه صد در صد مثل هم عرضه می شود باید گفت مثلی هستند و اینست تأثیر زمان در اجتهاد و تکاملِ آن و منظور از زمان همین پیشرفتهای علمی و صنعتی و تحوّلات است و گرنه خود زمان اگر میلیونها سال بگذرد و زندگی بشر مثل زندگی مورچه ها و زنبور عسل باشد که نقشی ندارد و موجب تمدن و پیشرفت نمی شود. پس به

---

(۱) سرائر، ج۲، ص۴۸۰.
(۲) تحریر الاحکام، ج۲، ص۱۳۹.
(۳) مبسوط، ج۳، ص۹۹.
(۴) مختلف الشیعه، ج۱، ص۱۸۱.
(۵) محقق قمی در جامع الشتات، ج۲، ص۵۴۳.
(۶) جامع المقاصد، ج۶، ص۲۴۴.

حسب ازمنه مطلب فرق می کند.

و به فرمودهٔ مرحوم آیت اللّه خوئی:

ثم لا یخفی علیك: انّ المثلی والقیمی یختلفان بحسب الازمنة والامکنة فانّ الاثواب وان کانت من القیمیّات فی الایّام السالفة، ولکنّها اصبحت من المثلیّات غالباً فی العصر الحاضر، لانّ اکثرها منسوج بنسج واحد و انّها متماثلة الافراد فی الخارج غالباً.[1]]

۵ـ حتی مواردی که همگان برای مثلی بدان مثال زده اند و مثلاً گندم یا جو... را مثلی به حساب آورده اند باز جهات ابهامی وجود دارد و معلوم نیست که آیا به لحاظ نوع است؟ یا به لحاظ اصناف و هر صنفی نسبت به افرادش مثلی است؟ برفرض که معیار صنف باشد و به لحاظ صنف مثلی محسوب شوند باز روشن نیست که معیار و ضابطهٔ صنف چیست؟ آیا رنگ ملاك است؟ طعم ملاك است؟ حجم ملاك است؟ آبی و دیم بودن؟ و...

۶ـ در مورد تمر و خرمای خشک هم که بالاجماع آن را مثلی دانسته اند همین مباحث مطرح است که ملاك چیست؟ نوع؟ صنف؟ کدام صنف؟ و...

قوله: وبالجملة:

خلاصهٔ کلام: مواردی که اجماعی برمثلی یا قیمی بودن نداریم و اختلافی است، فراوان است و نمونه های مذکور مشتی از خروار بود که ذکر شد.

قوله: فلابدّ

حال نسبت به مصادیق مشکوك چه باید کرد؟ مرحوم شیخ دو مرحله بحث دارند:

۱ـ مقتضای اصل عملی در این موارد.

۲ـ مقتضای اصول لفظیّه.

---

(۱) مصباح الفقاهة، ج۳، ص۱۵۲.

البته این شیوه از بحث مطابق با نظام قدیم است و گرنه در نظام جدید که خود شیخ پایه گذار آنست، اوّل بحث از مفاد اطلاقات و عمومات می شود و دلیل اجتهادی مقدم است و سپس نوبت به اصل عملی می رسد. به هرحال مقتضای اصل عملی چیست؟

مقدّمه: در اصول خواندیم: گاهی شبه بدویّه است و گاهی مقرون به علم اجمالی، و در موارد علم اجمالی یا دوران بین محذورین است و احتیاط ممکن نیست. و یا ممکن است. در موارد امکان هم یا دوران بین متباینین است و یا اقل و اکثر، و هرکدام در اصول احکام و قواعد مخصوص به خود را دارند و فعلاً سه فرض علم اجمالی، مبانیِ بحث ما است. با این مقدّمه می گوئیم:

در اینکه مقتضای اصول عملیّه چیست؟ چهار احتمال و بلکه وجه و بلکه قول وجود دارد:

۱ـ مقتضای اصل در مصادیق مشکوك ضمان به مثل است و ضامن معیّناً باید مثل بپردازد و نوبت به قیمت نمی رسد. دلیل این قول: ضامن علم اجمالی دارد که یا باید مثل بدهد یا قیمت، و مورد هم از موارد اقل و اکثر است [منظور از اقلّ یعنی جبران مطلق مالیّت شیئی تالف ولو حیثیّت مماثلت تدارك نشود. و منظور از اکثر مالیّت خاصه است یعنی مالیّتی که مثلیّت هم در آن جبران شود. و مقیّد نسبت به مطلق اکثر است.] و در این موارد این قائل طرفدار احتیاط و اتیان اکثر است. پس باید مثل بدهد.

۲ـ مقتضای اصل ضمان به قیمت است. دلیل این وجه: علم اجمالی و اقل و اکثر است. ولی به عقیدهٔ این قائل در این مورد احتیاط و اتیان اکثر لازم نیست بلکه باید اقلّ را بیاورد، و اکثر با اصل عملی دفع می شود. [هردو وجه باطل است زیرا مثلی و قیمی متباینان هستند نه اقل و اکثر.]

۳ـ مقتضای اصل آنست که: مالک اصلی مخیّر است که از ضامن مثل را

مطالبه کند یا قیمت را و دلیل مطلب دو امر است [اصالة الاشتغال و عموم علی الید] که خواهد آمد.

۴ـ اصل آنست که: ضامن میان پرداخت مثل یا قیمت مخیّر است و هرکدام را داد مالک باید بپذیرد و دلیل این مطلب هم آنست که: ضامن علم اجمالی به اشتغال ذمّه به مثل یا قیمت دارد و دوران بین متباینین است، آنگاه قاعده در این مورد احتیاط و موافقت قطعیّه است ولی در ما نحن فیه موافقت قطعیه لازم نیست هم به دلیل اجماع و هم به حکم لا ضرر و... ولذا مهم تحصیل موافقت احتمالیه و اجتناب از مخالفت قطعیه است و آن با پرداخت هریک از مثل و قیمت حاصل می شود و نسبت به دیگری اصل برائت جاری می شود و اینست معنای تخییر ضامن.

قوله: ولا یبعد:

مرحوم شیخ در رابطه با چهار قول مذکور، چهار مرحله بحث دارند:

۱ـ بعید نیست کسی بگوید: الاصل تخییر الضامن، به دلیل اینکه وی شک دارد که آیا به زائد برمختار خودش مکلّف و مشغول الذمّه است یا خیر؟ اصل برائت می گوید: نسبت به ما زاد مکلّف نیستی و آزادی. پس هرکدام را اختیار کرد از دیگری برائت جاری می شود.

۲ـ اگر چنانچه اجماعی قائم شد مبنی براینکه جای تخییر ضامن نیست، صد البته اجماع دلیل اجتهادی و مقدم است و نوبت به اصل عملی نمی رسد، آنگاه می گوئیم: قول ثالث زنده می شود یعنی الاصل تخییر المالک و دلیل آن چنانچه قبلاً وعده کردیم، دو امر است:

الف: اصالة الاشتغال: بلاشک ضامن مشغول الذمّه است و اشتغال یقینی دارد و این امر مستدعیِ فراغت یقینیّه است آنگاه اگر مختارِ مالک را پرداخت علی کلّ حال فراغ قطعی آَمده زیرا یا در واقع همان مختار بدل اَصلی تالف است و

یا بدلِ بدل است و چیزی است که خود مالک اصلی بدان راضی شده و به هر حال مافی ذِمّه الضامن ادا شده ولی اگر مالک اصلی خواهان مثل بود و ضامن قیمت را داد در اینجا یقین به فراغ ذمّه حاصل نشده، چرا که اگر جنس تالف در واقع قیمی بوده، ضامن از عهده برآمده ولی اگر در واقع مثلی بوده او از عهده برنیامده ولذا اشتغال یقینی باقی است، پس اصل اشتغال مقتضیِ تخییر مالک است.

ب: **عموم علی الید**: قاعدهٔ علی الید ما اخذَت حتی تؤدّی، می گوید: باید عین مال را به مالکش بدهی و تا نداده ای ضامنی و عین مال با قدری توسعه مثل را هم می گیرد و عرفاً عین مال است با مسامحه ولی قیمت را نمی گیرد و تا ضامن عین را نداده کما کان ضامن و مشغول الذمّه است مگر اینکه مالک اصلی راضی به قیمت شود که در آن صورت مشکلی نیست باز از این هم می فهمیم که مالک مخیّر است و رضای او کارساز است.

۳ـ در قدم سوّم می فرماید: اقوی اینست که مالک اصلی از اوّل امر مخیّر است. یعنی تا به حال تخییر مالک در طول تخییر ضامن بود و گفتیم: با اجماع برخلاف تخییر ضامن نوبت به تخییر مالک می رسد.

حال می گوئیم: چه اجماعی باشد یا نه از اوّل مالک اصلی مخیّر است. و دلیل ما هم اصالة الاشتغال است که گذشت.

ان قلت: پس اصالة البرائة که دلیل تخییر ضامن بود چه می شود؟

قلت: اصل برائت جاری نمی شود. [زیرا اصل مثبت است و حجّت نیست.

بیان ذلک: اصل برائت می گوید: ضامن نسبت به غیر مختار خودش مشغول الذمّه نیست، لازمهٔ عقلی این معنا آنست که: پس ما یختاره الضامن، همان در حقّ او متعیّن می شود و این تعیین ما یختاره ... اثر شرعی نیست تا اصل نسبت به آن حجّت باشد.]

۴ـ قوله: نعم:

در قدم چهارم می گوئیم: اگر چنانچه از طرفی هیچ دلیلی برترجیح یکی از اقوال اربعه بردیگری نداشتیم، و از طرفی هم اجماع داشتیم براینکه مالک مخیّر نیست نوبت می رسد به تخییر ضامن در مقام اداء که مثل بدهد یا قیمت و این همان تخییری است که در باب دوران بین محذورین مطرح است یعنی ما نحن فیه از مصادیق آن باب می شود.

به این بیان: امر دائر است میان اینکه مثل متعیّن باشد و ضامن معیّناً مثل را بدهد، بگونه ای که مالک حق نداشته باشد قیمت را بطلبد و ضامن هم حق امتناع از پرداخت مثل نداشته باشد و یا قیمت متعیّن باشد بگونه ای که نه ضامن از دادن حق امتناع داشته باشد و نه مالک از گرفتن و چون قدر متیقنی در بین نیست و اگر تنازع کردند احتیاط و تحصیل فراغ یقینی میسور نیست مطلب از باب دوران بین محذورین می شود و نوبت به تخییر می رسد.

نظیر تخییر مجتهد در فتوی دادن به یکی از متعارضین که چاره ای ندارد از اینکه به یکی از آندو فتوی دهد و چون معیّن نیست نوبت به تخییر می رسد.

قوله: فتأمّل:

شاید اشاره باشد به تفاوت تخییر در دوران بین محذورین با تخییر در فتوی به اینکه در دوران بین محذورین تخییر عقلی است و در باب فتوی تخییر شرعیِ ظاهری است. و شاید اشاره باشد به اینکه در ما نحن فیه حکم به تخییر ضامن از باب دوران بین محذورین مبتنی بردو مبنا شد

۱ـ عدم ترجیح یکی از اقوال

۲ـ وجود اجماع برعدم تخییر مالک، ولی ما این دو مبنا را قبول نداریم و دلیل برترجیح قول سوم داشتیم و اجماعی هم برخلافش نبود ولذا نوبت به تخییر ضامن از باب دوران بین محذورین نمی رسد.

[نکته: فرق بین مرحله اوّل که تخییر ضامن بود با مرحله چهارم که بازهم تخییر ضامن است چیست؟ جواب: به قول مرحوم شهیدی:

وتوهّم انه اعادة للامر السابق مدفوع بانّه فرق بینهما من حیث المدرك اذا المدرك فیه هنا الاضطرار وفی السابق اصل البرائة وایضاً التخییر هنا عقلی و هناك شرعی[1]]

قوله: ولکن یمکن:

مقتضای اصل لفظی چیست؟ مطالبی که تا به حال تحت عنوانِ مقتضای اصل عملی مطرح شد و چهار قول با دلائل آنها و چهار مرحله بحث باَ مختار شیخ اعظم ذکر شد تماماً براین فرض است که در مسئله یک اصل لفظی و دلیل اجتهادی نداشته باشیم وگرنه با وجود اینها نوبت به اصل عملی نمی رسد والاصل دلیلٌ حیث لادلیل.

سئوال: آیا عمومی، اطلاقی، اصل لفظی ای داریم که وضع را روشن کند؟

جواب: آری اطلاقات گوناگون در ابواب مختلف داریم که از آنها این قاعدهٔ کلی را استفاده می کنیم: بطور کلی شخص ضامن به مثل است مگر موارد خاصّه.

بیان ذلک: آنچه که در میان عقلاء مرسوم و متعارف است آنست که: حتّی الامکان وقتی مالی از آنها تلف می شود از ضامن مثلِ آن را مطالبه می کنند و با وجود مثل نوبت به قیمت نمی رسد زیرا که مثل از دو جهت شبیه به مال تالف و نزدیکتر به آن است:

۱ـ از حیث صفاتی که در زیاده و نقصان قیمت دخیل اند.

۲ـ از حیث مالیّت و ارزش هم مثل شبیه تالف است.

و با مقداری تسامح و توسّع در عبارت می توان گفت: هو هو یعنی این مثل،

---

(۱) هدایة الطالب، ص۲۲۸.

خود همان تالف است و کانّ مالک خود عین تالف را اخذ کرده است. و چون علی الید ما اخذت حتی تؤدّی یعنی ضامن باید خود مال مردم را بدهد، با پرداخت مثل گویا خود آن را داده و لذا مقدّم است والاقرب یمنع الا بعد.

در قدم بعد اگر چنانچه به دلائلی مثل متعذّر شد و شیئی تالف مثل نداشت یا مثل داشت ولی دسترسی به آن ممکن نبود و یا ممکن بود ولی عُسر و دشواری داشت. نوبت به قیمت شیئی تالف می رسد و عرف قیمت را اخذ می کند آنهم از نقدین و شبه آندو و خلاصه از نقد رائج بلد اخذ می کند و به قول معروف پول آن را می گیرد چرا که قیمت کذائی اگرچه از حیث صفات و ماهیّت به تالف شباهتی ندارد، فی المثل تالف پارچه است و قیمت پول است ولی از حیث مالیّت و ارزش بدان نزدیک است والاقرب فالاقرب باید پیش رفت.

سئوال: چرا قیمت را از نقدین ومانند آن مطرح کردید؟

جواب: زیرا که سایر اشیاء هم به آندو ارجاع می شوند.

بیان ذلک: حیوان کسی را تلف کرده و می خواهد در عوض فرشی بدهد ما از کجا بدانیم که این فرش به اندازهٔ آن حیوان مالیّت دارد؟ راهش اینست که: اوّل فرش را به نقد رائج قیمت کنیم و سپس با مال تالف محاسبه نمائیم. حال این بود روش عقلاء که در همه جا چه مثلیات و چه قیمیات حتی الامکان خواهان مثل هستند و اگر نشد قیمت را از پول رائج می گیرند.

حال به شرع که مراجعه می کنیم، می بینیم که در ابواب مختلف شارع حکم به ضمان کرده است مثلاً در باب مغصوبات حکم به ضمان کرده، در باب امانتهائی که به افراط یا تفریط تلف شده حکم به ضمان کرده [مثل وکیل نسبت به مال موکل، مستأجر نسبت به عین مستأجره، مرتهن نسبت به عین مرهونه، ولی نسبت به مال مولیّ علیه، ودعی نسبت به ودیعه، وصی نسبت به اموال موصی و...] در باب اتلاف عمدی حکم به ضمان کرده، در باب مقبوض به عقد فاسد

حکم به ضمان کرده، در باب قرض هکذا و... و در هیچکدام از این موارد کثیره ذکری از مضمون به [مثل یا قیمت] به میان نیامده و به صورت قاعده و قانون کلی نفرموده: الغاصب ضامنٌ بالمثل او بالقیمة و...

آری در موارد شاذّ و نادری در مصادیق جزئی حکم به ضمان قیمت کرده [مثل قیمت بغل در صحیحهٔ ابی ولاّد که خواهد آمد، و قیمت ولد در جاریهٔ مسروقه که قبلاً گذشت و...] ولی اینها قانونیّت ندارد.

آنگاه می گوئیم: با اینکه شارع مقدّس در مقام بیان بوده چرا نفرموده: مثل یا قیمت؟ این با حکمت مولی چگونه می سازد؟ جواب: نیازی به بیان نداشته زیرا که در مسئله روش عقلائی وجود دارد و شارع هم بدان اتّکایی و اعتماد نموده و نیازی به بیان ندیده است.

نتیجه: مقتضای عمومات و اطلاقات اینست که: همه جا ضمان به مثل مطرح است چه در مثلیّات و چه قیمیّات و چه موارد اختلاف، ولی از این عموم و اطلاق مواردی که بالاجماع قیمی باشد خارج شده و در آنجا ضمان به قیمت است امّا مواردی که چنین اجماعی نیست چه اجماع برمثلی بودن باشد و چه مختلفٌ فیها باشد، از اصالة العموم والاطلاق یا از سیرهٔ غیر مردوعه بلکه مورد امضاء شارع استفاده می کنیم و حکم به ضمان مثل می کنیم و حیث اینکه مسئله ضمان به مثل و قیمت مسئله ای مورد ابتلاء است اگرشارع این سیره را قبول نداشت حتماً ردع می کرد.

قوله: وقد استدلّ:

مدّعای مشهور این شد که در مثلیّات به مثل و در قیمیّات به قیمت ضامن است. برای مدّعا دلائلی اقامه شده که سه دلیل در مکاسب مطرح شده است [مضافاً به دلائلی که در مصباح الفقاهة عنوان شده از قبیل: عموم علی الید، عموم ما دلّ علی احترام مال المؤمن وانّ حرمة ماله کحرمة دمه، روایات امهٔ مسروقه

نسبت به ولد آن[۱]]

امّا سه دلیل مکاسب:

۱ـ اجماع: قبلاً مطرح شد و فرمودند: معقد الاجماع ...

۲ـ مقتضای عرف و اعتماد برمتعارف عند العرف که در فراز قبلی عنوان شد.

۳ـ مرحوم شیخ طوسی در دو کتاب مبسوط[۲] وخلاف[۳] به آیهٔ اعتداء به مثل استدلال کرده است. و آیه اینست:

﴿فمن اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم﴾[۴]

کیفیت استدلال: آنطوری که از حاشیهٔ محقّق ایروانی[۵] و حاشیهٔ مرحوم شهیدی[۶] به نقل از میرزای قمی استفاده می شود در رابطه با مفاد آیهٔ شریفه چهار احتمال وجود دارد:

۱ـ آیهٔ شریفه در مقام بیان اصل جواز اعتداء به مثل است فی الجمله و در مقابل سلب کلّی، یعنی کسی خیال نکند که اسلام هم مثل مسیحیّت محرّف می گوید: اگر کسی به گونهٔ راست صورتت سیلی زد توگونهٔ چپ را هم آماده کن و تن به ظلم بده، خیر اسلام می گوید:

اگر کسی برشما اعتداء و تجاوز و تعدّی و ظلم کرد، شما هم در مقابل حق دارید مقابله مثل کنید و اعتداء به مثل داشته باشید و امر فاعتدوا از امرهای عقیب حظر یا توهّم حظر است که دالّ برترخیص و تجویز می کند نه بروجوب، یعنی

---

(۱) مصباح الفقاهة، ج۳، ص۱۴۶ و۱۴۷.

(۲) مبسوط، ج۳، ص۶۰.

(۳) خلاف، ج۳، ص۴۰۲.

(۴) سورهٔ بقره، آیه۱۹۴.

(۵) حاشیة المکاسب، ص۹۸.

(۶) هدایة الطالب، ص۲۲۹ و۲۳۰.

شما حق دارید و می توانید اعتداء به مثل داشته باشید امّا از نظر مقدار اعتداء [به کمتر از مقدار یا به اندازه یا بیش از مقدار اعتداء او حق اعتداء دارید] و نیز از نظر مُعتدا به [فعلی که شما به عنوان اعتداء به مثل انجام می دهید، و چیزی که به وسیلهٔ آن اعتداء مجازاتی انجام می گیرد، آیا مثل مالش را بگیرید، قیمت آن را، شما هم تلف کنید و ...] در مقام بیان نیست. طبق این احتمال آیه از مدّعای مشهور اجنبی است.

۲ـ کلمهٔ ما در ما اعتدی مصدریه باشد و ما بعد را به تأویل مصدر ببرد و معنای آیه این باشد که فاعتدوا بمثل اعتدائه علیکم که از جهت مقدار اعتداء در مقام بیان است که اعتداء شما به اندازهٔ اعتداء او باشد و به همان میزان به او آسیب برسانید نه بیشتر، امّا از جهت مُعتدا به که این مقدار را از چه مالی از او بگیرید؟ چه کاری با او بکنید؟ مثل را؟ یا قیمت را؟ از این جهات در مقام بیان نیست، و نظیر و جزاء سیئة سیئة مثلها، وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم، و ... می باشد. بازهم آیه مدّعای مشهور را نمی رساند.

۳ـ کلمهٔ ما موصوله و به معنای شیئی باشد و ما اعتدی ای الشیئ الذی به اعتدی علیکم و آیهٔ شریفه در مقابل تشبیه مطلق است یعنی هم از حیث مقدار اعتداء و هم از حیث مُعتدا به در مقام بیان است و منظور اینست که: هرکس به شما تعدی و تجاوز کرد شما هم حق دارید به مثل آنچه او تعدی کرد، تعدّی کنید. آنگاه در امور مالی هم اگر مال شما را تلف کرده شما حق دارید مثل آن را از او بگیرید. و از این حیث اطلاق دارد که چه مال تالف شما مثلی باشد و چه قیمی باشد در هرحال مثل را بگیرید. بازهم به درد مشهور نمی خورد.

۴ـ منظور آیه این باشد که هرکس به شما اعتداء کرد شما هم به مثل آن چیز براو اعتداء کنید ولی مماثل کل شیئی بحسبه یعنی مثل هرچیزی متناسب با خود او است، مثل مثلیّات همان مماثل در صفات و مالیّت هردو است، و مثل قیمیّات

همان قیمت است که مماثل در مالیّت است.

حال استدلال شیخ طوسی ره طبق همین احتمال است که شیخ اعظم فرموده: بتقریب انّ...

قوله: واختصاص:

مناقشاتی در رابطه با استدلال به آیه شده که در مکاسب سه مناقشه مطرح شده است که دو مناقشهٔ اوّل را نمی پذیرد، ولی سوّمی از خود ایشان است:

مناقشه اوّل: آیه از ما نحن فیه اجنبی است زیرا بحث ما در ضمان مشتری نسبت به مبیعِ مقبوض به بیع فاسد است و مورد آیه مربوط به اتلاف عدوانی است که کسی از باب اعتداء و تجاوز و ظلم عمداً مال کسی را تلف کرده است... پس ربطی به مورد بحث ما ندارد.

جواب: کسی قائل به فصل نشده که در اتلاف عمدی حکمی و در تلف یا اتلاف غیر عدوانی حکم دیگری باشد و به ضمیمهٔ عدم الفصل از آیه در ما نحن فیه استفاده می کنیم.

مناقشهٔ دوّم: مدلول آیه احتمال دوّم از چهار احتمال مذکور است و تنها از حیث مقدار اعتداء در مقام بیان است نه از لحاظ مُعتدا به... و در نتیجه قابل استدلال برمختار مشهور نیست.

جواب: مرحوم شیخ می فرماید: و فیه نظر: وجه نظر اینست که ما موصوله است و ما اعتدی ای الشیئی الذی اعتدی... و کاملاً معتدا به را هم گفته و به بیان دیگر مولای حکیم وقتی مطلق می آورد بدان معنا است که از حیث مقدار اعتداء و معتدا به هردو تشبیه کرده نه از یک حیث.

مناقشه سوّم: قوله: نعم:

خود مرحوم شیخ می فرماید: انصاف اینست که نه دلیل سابق، یعنی دلیل دوّم که متعارف عرفی... بود و نه این دلیل یعنی آیهٔ اعتداء هیچکدام به درد قول

مشهور نمی خورد و تفصیل را دلالت ندارد که: فی المثلی المثل و فی القیمی القیمة، بیان ذلک:

امّا دلیل سابق: قبلاً بیان شد که سیرهٔ عقلاء آنست که: حتی الامکان دنبال مماثل شیئی تالف هستند تا هم قیمت و هم ماهیّت و صفات هردو تأمین شود...

و امّا آیهٔ شریفه: به نظر شیخ اعظم از احتمالات چهارگانه احتمال سوّم مفاد آیه است و به قول مطلق می گوید: شما حق دارید مماثل معتدا به را بگیرید چه معتدا به قیمی باشد و چه مثلی و تفصیل را دلالت ندارد. و بالجمله مفاد و مقتضای دو دلیل آنست که باید مماثلت عرفیّه مراعات شود و مماثلت عرفی هم در ماهیّت و جنس است و هم در مالیّت و ارزش.

و در نتیجه به مقتضای دو دلیل مذکور باید گفت: همیشه و همه جا مثل باید پرداخت شود حتّی در قیمیّات و در این جهت لا فرق که جنس قیمی دارای مثل باشد و مثلی برای او یافت بشود یا چنین نباشد در هرحال دلیل می گوید: مثل را حق داری بگیری و نوبت به قیمت نمی رسد و این با رأی مشهور نمی سازد.

قوله: امّا مع وجود المثل:

چند مثال برای آنجا که جنس قیمی مثل دارد:

۱ـ فرض بفرمائید کرباس یا پارچه ای است به طول بیست متر که هر مترش با متر دیگر از هرجهت مثل هم می باشند و شخص یک متر کرباس دیگری را تلف کرده و ضامن شده در اینجا به مقتضای دو دلیل باید گفت: او ضامن به مثل است و باید یک متر کرباس سالم ولو صد برابر قیمت واقعی خریداری کرده و بپردازد چون با وجود مثل نوبت به قیمت نمی رسد. امّا مشهور چنین فتوائی ندارد، آنها پارچه را قیمی دانسته و می گویند: اگر تلف شد باید قیمت آن را بدهد.

۲ـ زید به ذمّه بکر عبدی یا حیوانی طلبکار است که یا از باب قرض طلبکار است و به او قرض داده و یا از باب بیع سلم عبدی را با او صافی از بکر خریده است. حال در خارج آقای بکر عبدی دارد با او صاف کذا و آقای زید عبد او را تلف کرد و عبدی با اوصافی به ذمّه اش آمد و بکر از او طلبکار شد و اتّفاقاً تمام اوصاف عبدی که به ذمّه بکر بود با آنکه به ذمّهٔ زید آمده یکی بود و مثل هم بودند در اینجا به مقتضای دلیلین باید دو ذمّهٔ تهاتر قهری داشته باشند و مماثلی را که این به ذمّه او طلبکار است با مماثل بالعکس هردو آناًمّا ملک صاحب ذمّه شده و قهراً علیه سقوط می کنند. ولی مشهور حکم به تهاتر و تساقط نکرده اند.

قوله: کما یشهد:

گویا کسی می پرسد: شما از کجا می گوئید: مشهور فتوی به تهاتر نداده اند؟

در جواب می فرمایند: شاهد ما ملاحظه کلمات مشهور است درمسئله بیع عبدی از عبدین، [ظاهر مسئله فروختن یکی از دو عبد است که بیع غرری و باطل می باشد ولی مراد اینست که: مشتری از بایع عبدی را به ذمّهٔ بایع خریده و سپس بایع دو تا عبد دارد و آندو را به مشتری می دهد و می گوید: یکی از آندو را اختیار کن و قبل از اختیار احدهما، یکی از آندو آبق شد و فرار کرد در این رابطه فقهاء فتاوائی دارند که نشانگر عدم قول به تهاتر است.]

قوله: نعم:

مسئلةٌ: اگر شخصی جنس قیمی را از دیگری یکساله قرض کرد و اتّفاقاً در ظرف یکسال آن مال را مصرف نکرد و عین آن موجود بود آیا می تواند بابت اداء دین خود عین را بپردازد یا خیر؟ عدّه ای از قبیل محقّق اول و علاّمه و... فرموده اند: خیر نمی تواند ولی عدّه ای از قبیل شهید اوّل در دروس[1] و شهید

(۱) دروس، ص۳۷۵.

ثانی در مسالک[1] فرموده اند: آری می تواند و ردّ خود عین بلامانع است. ما گفتیم: مشهور در قیمیّات فتوی به وجوب دفع قیمت داده اند، حال می گوئیم: آری چنین مسئله ای هم داریم ولی این از باب ضمان قیمی به مثل نیست، یعنی از باب این نیست که چون مشهور در قیمیات هم ضمان به مثل را می گویند و معتقد به مثل هستند اینجا فتوی به جواز داده اند و گفته اند: خود عین به طریق اولی جایز الرّد است. بلکه از باب اینست که: مهمّ اداء دین است و با دفع خود عین هم چون اداء دین می شود لذا تجویز کرده اند.

قوله: ولذا:

شاهد براینکه تجویز مذکور از باب اداء دین است نه لزوم دفع مثل است، اینست که: اگر مقترض خود عین راتلف کرده ولی مماثل صددرصد آن را در اختیار دارد و می خواهد این مماثل را بابت قرض بدهد، آیا برمُقرِض واجب است آنرا بگیرد؟ مشهور متفق القول می گویند: خیر واجب نیست و می تواند تقاضای قیمت کند، حال اگر آنها مقیّد به مثل بودند و مثل را لازم می دانستند باید فتوی به وجوب قبول مثل می دادند. خلاصه: عند المشهور در قیمیات قیمت لازم است نه مثل.

قوله: وامّا مع عدم:

تا به حال مثالهائی که آوردیم مربوط به موردی بود که جنس تالف قیمی مماثل داشته باشد و مثل آن در خارج موجود باشد. حال فرض را می بریم در آنجا که قیمی مثل هم ندارد، در اینجا هم باز مقتضای دلیلین اشتغال ذمّه به مثل است و با تعذّر مثل، مثل از ذمّه ساقط نشده و تبدیل به قیمت نمی شود، [چنانچه در مثلیّات چنین است که او تعذّر المثل هم باز اشتغال ذمّه به مثل است و در امر سادس خواهد آمد] زیرا آیهٔ شریفه که اعتداء به مثل معتدا به را تجویز می کرد اطلاق

---

(۱) مسالک الافهام، ج۱، ص۲۲۰.

داشت و صورت تعذّر مثل را هم می گرفت، پس باز هم مثل را بدهکار است منتها وقتی مالک اصلی از او مطالبه کرد یا او خواست اداء ذمّه کند چون دسترسی به مثل ندارد، نوبت به قیمت می رسد و ملاك قیمت یوم الاداء و یوم الدفع است نه یوم التلف.

ولی به فتوای مشهور چون جنس تالف قیمی بوده به مجرّد تلف قیمت آن به ذمّه ضامن می آید و در نتیجه قیمت یوم التلف ملاك است.

قوله: وایضاً:

موارد مذکور از قیمیّات بود و مقتضای دلیل و رأی مشهور بیان شد.

حال موردی را هم از عکس موارد مذکور بیاوریم:

مالی است که به اتفاق آراء مثلی است ولی از حیث قیمت و ارزش خیلی پائین آمده و نقصان فاحش پیدا کرده، مثلاً یک قالب یخ در هوای گرم تابستان در بیابانهای حجاز چه بسا ۵۰/ درهم ارزش دارد و شخصی قالب یخ دیگری را در آن شرائط تلف کرده، و الان که می خواهد جبران کند و بپردازد هوا بسیار سرد شده و نیازی به یخ نیست و یا خیلی کم ارزش شده و یخ ۵۰درهمی را الان ۵درهم مثلاً می خرند.

در چنین فرضی مقتضای دو دلیل مذکور آنست که: ضامن حق ندارد مالک را ملزم به اخذ مثل نماید بلکه باید قیمت یوم التلف را بدهد، چرا که باید این مثل هم در صفات و هم مالیّت، مثل تالف باشد و رکن اصلی مالیّت است و در مالیّت مثل تالف نیست، پس قیمت را باید بدهد. تا اقلاً مماثلت از حیث مالیّت جبران شود.

ولی مشهور این حرف را نمی زنند بلکه می گویند: مالک اصلی ملزم است که مثل را دریافت کند. اگرچه برخی مخالفت کرده اند ولی عدّه ای الزام را گفته اند.

قوله : بل :

فرض مسئله تا به حال نقصان فاحش بود ولی مثل صد در صد از ارزش نیفتاده بود .

حالا می گوئیم : بلکه بعضی گفته اند : حتّی اگر مثل به کلی از قیمت ساقط شود و قالب یخ را به یک درهم هم کسی معامله نکند باز ضامن همان مثل را می دهد و مالک ملزم به اخذ است . البته ما قبول نداریم ، ولی عدّه ای چنین گفته اند . پس موردی هم پیدا شد که مثلی است و مقتضای دو دلیل قیمت است ولی رأی مشهور اداء خود مثل است .

قوله : فتبیّن :

از مطالبی که از : نعم الانصاف ... تا به حال ذکر شد به این نتیجه می رسیم که نسبت میان مذهب و مختار مشهور با مقتضای دو دلیل مذکور ، عموم و خصوص من وجه است مادّه افتراق از جانب دلیلین : در مواردی به مقتضای دو دلیل حکم به ضمان مثل شد و آن باب پارچه و عبد بود ولی مشهور حکم به قیمت کردند .

و مادّه افتراق از جانب مشهور : در مواردی هم مقتضای دو دلیل ضمان به قیمت بود ولی مختار مشهور ضمان به مثل شد و آن فرض نقصان فاحش و یا سقوط مثلی از قیمت بود .

و مادّه اجتماع : در غالب مثلیّات که ارزش و مالیّت هم دارند از قبیل : حنطه ـ شعیر و ... هم مقتضای دلیلین و هم مذهب مشهور ضمان به مثل است .

نتیجه : چنین دلیلی به درد چنان مدّعائی نمی خورد و آن را بتمامه و کماله ثابت نمی کند .

قوله : ثمّ انّ :

ما مدّعی شدیم که به مقتضای اطلاقات باب ضمانات و اطلاق یا عموم آیهٔ اعتداء در موارد مشکوك هم که مثلی یا قیمی بودن آنها محرز نیست ، باز ضمان به مثل مطرح است . حال گویا کسی در صدد اشکال برآمده و می گوید : اینجا

نسبت به موارد مشکوك جای تمسّک به عمومات و اطلاقات نیست، زیرا که اگرچه از یکطرف ما این عموم را داریم ولی از طرفی هم اجماع قائم شده براینکه: در قیمیات قیمت لازم است و این اجماع مخصِّص آن عموم گردیده و بعد از تخصیص در ما عدای قیمیات حجّت است و موارد مشکوك را نمی دانیم که از قیمیات هستند تا خارج باشند یا نیستند تا داخل در عام باشند، در اینجا تمسک به عام از نوع تمسّک به عام در شبهه مصداقیّهٔ دلیل خاصّ است که مشهور می گویند:

چنین عامّی حجّت نیست و چنین تمسّکی جایز نیست.

مرحوم شیخ می فرماید: خیر این اجماع و دلیل خاص مزاحم عام نبوده و جلوی حجیّت عام را نسبت به موارد مشتبه نمی گیرد.

بیان مطلب: مقدّمه: در علم اصول خواندیم که:

عامّ مخصّص گاهی به مخصص مبیّن تخصیص می خورد و گاهی به مخصِّص مجمل، و اجمال مخصِّص یا دلیل خاص گاهی مفهومی است [شبههٔ مفهومیّه] و گاهی مصداقی است [شبههٔ مصداقیه] در موارد اشتباه مفهومی هم یا مخصِّص متصل به عام است و یا منفصل و در هریک از دو صورت یا دوران بین متباینین است و یا میان اقل و اکثر، آنگاه آنجا که مخصِّص با مجمل مفهومی باشد و منفصل هم باشد وامرش دائر میان اقل و اکثر باشد.

مثالش این بود که: از طرفی مولی فرموده: اکرم العلماء که شامل عدول و فساق می گردد، و از طرفی هم در کلام منفصلی فرموده: لا تکرم الفاسقین من العلماء و ما نمی دانیم که معنای فاسق چیست؟ آیا فاسق یعنی خصوص کسی که مرتکب کبائر می شود [اقلّ] و یا فاسق یعنی هرکس که خدا را معصیت می کند و از اطاعت او خارج است [اکثر] چه مرتکب کبیره و چه صغیره؟ اینجا اقلّ را متیقّن است اخذ کرده و خاص نسبت به آن حجت است ولی نسبت به اکثر و ما

زاد دلیل عام آنها را شامل شد و حجّت بود و دلیل خاص در اثر اجمال آنها را شامل نشد و حجّت مزاحم اقوائی پیدا نشد، پس دلیل عام حجّت خواهد بود و تمسّک به عام نسبت به آنها بلامانع است.

با این مقدّمه می گوئیم:

ما نحن فیه از همین قسم است یعنی عامّی داریم که: همه جا ضمان به مثل است چه در مثلیات و چه قیمیات و چه مختلفات، و خاصی داریم که اجماع قائم شده برضمان قیمت در قیمیات، و مفهوم قیمی که دلیل خاص است مثل مفهوم فاسق برای ما روشن نیست و نمی دانیم که قیمی یک معنای محدودی دارد که تنها موارد اجماع را شامل است؟ یا یک معنای وسیعتری دارد و موارد اختلافی را هم شامل می شود؟ چون اجمال دارد نسبت به اقلّ و قدر متیقن و موارد اجماع از دلیل خاص استفاده کرده و حکم به ضمان قیمت می کنیم. و نسبت به اکثر و مازاد و موارد مشکوك از عموم عام، و این عام حجّت بلا مزاحم است.

[البته این بنابراین است که اوّلاً شبهه مفهومیه باشد نه مصداقیه وگرنه جای تمسّک به عام نیست، و ثانیاً در شبهه مفهومیه و اقل و اکثر تمسک به عام را جایز بدانیم وگرنه نوبت به عام نمی رسد و در نتیجه ناچار می شویم از این که به اصول عملیّه مراجعه کنیم که قبلاً احتمالات و اقوال در این رابطه مطرح شد.]

قوله: فحاصل الکلام:

به دنبال بحثهائی که دربارهٔ مقتضای دلیلین و رأی مشهور داشتند، در پایان یک جمع بندی کرده و در سه جمله چکیدهٔ نظر خویش را می آورند:

۱ـ نسبت به هر متاعی که بالاجماع مثلی است به حکم آیهٔ اعتداء و مانند آن، قانون ضمان به مثل است و ضامن باید آن را به مالک یا مضمون له بدهد.

البته با مراعات صفاتی که در زیاده و نقصان قیمت دخیل اند. [یعنی اگر مال تالف از فلان صنف معیّن از مثلی است باید فردی از همان صنف را بدهد.] و در

این حکم فرقی نیست میان تساویِ قیمت مثل با قیمت تالف، یا ازدیاد قیمت آن [که در امر خامس به زودی خواهدَ آمد] و یا نقصان قیمت مثل از قیمت تالف، یعنی فرضاً تالف صد درهم ارزش داشت ولی مثل را که می دهد در زمان دفع [یکماه دیگر] یا مکان دفع [در بلدی که مثل را می دهد] ارزشش از قیمت تالف کمتر است. باز هم مثل تالف را باید بدهد، و دلیل آن دو امر است:

۱ـ اجماع قائم است براینکه: تفاوت قیمت مذکور مهمّ نیست و نادیده گرفته می شود. [البته بناءً... یعنی اگر اجماعی باشد.]

۲ـ در بعضی روایات هم آمده که: شخصی برذمّه شخص دیگر صد درهم طلبکار است [بابت بیع و مانند آن] و مثلاً شش ماه دیگر باید بدهد، حال قبل از موعد سلطان جدیدی آمد و آن درهمها را از درجۀ اعتبار ساقط کرد و درهم جدیدی سکّه زد و آن را نقد رائج بلد گردانید، آیا بدهکار می ثواند از همان دراهم قدیمه و ساقطه از رواج، ما فی الذمّه را ادا کند؟ یا حتماً از نقد رائج باید بدهد؟ روایات می گوید: از همان درهمهای اوّلی می تواند بدهد. [با اینکه دراهم سابق در اثر اسقاط سلطان و خروج آنها از نقد رائج بودن از قیمت آنها کاسته شده ولی به هرحال جنس آنها نقره است و نقره ارزش دارد، ولذا نقصان قیمت است نه سقوط از قیمت بطور کلّی.

[و امّا روایات:

عن یونس قال: کتبت الی ابی الحسن الرضاِ انّه کان لی علی رجلٍ دراهم وانّ السلطان اسقط تلك الدراهم، وجاء بدراهم اعلی من تلك الدراهم الاولی، ولها الیوم وضیعة، فایّ شیئٍ لی علیه؟ الاولی التی اسقطها السلطان؟ او الدراهم التی اجازها السلطان؟ فکتب عليه‌السلام: الدراهم الاولی.[1]

---

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۲، ص۴۸۸، باب۲۰، من ابواب الصرف، حدیث۲.

وعن صفوان، قال: سأله معاوية بن سعيد عن رجل استقرض دراهم من رجل، وسقطت تلك الدراهم، او تغيّرت، ولا يباع بها شيئى الصاحب الدراهم، الدراهم الاولى او الجائزة التى تجوز بين الناس؟ قال: فقال: لصاحب الدراهم، الدراهم الاولى[1]]

۲ـ جملهٔ دوّم: و نسبت به هر متاعی که اجماع برقیمی بودن آن قائم شده حکم آنست که بالاجماع ضمان به قیمت است و در امر هفتم از امور مورد بحث خواهد آمد. حتی اگر آن قیمی مثل هم داشته باشد مثل یک متر کرباس تالف که بیست متر دیگر مثل او وجود داشت. و یا مثل آن قیمی در ذمّهٔ مالک باشد، مثل مثال اتلاف عبد موصوف به صفات کذا... باز هم چون اجماع برقیمت قائم شده نوبت به مثل نمی رسد.

۳ـ جمله سوّم: نسبت به امتعه ایکه مورد اختلاف است که آیا از مثلیّات هستند یا از قیمیّات: قبلاً مرحوم شیخ فرمودند: به حکم اطلاق آیه در این موارد هم ضمان به مثل مطرح است ولی در پایان بحث احتیاط را از دست نداده و تفصیل می دهند.

و آن اینکه: اگر این مثلی که ضامن به مالک می دهد با آن عین تالف از لحاظ قیمت تفاوتی نداشته باشد حکم آنست که: ضامن به مثل است و باید مماثلِ تالف را بدهد ولی اگر اختلاف و تفاوت قیمت میان مثل و تالف وجود داشت، چنین متاعی در حکم قیمی و ملحق به آن است و احکام آنها را دارد.

قوله: فتأمّل:

شاید اشاره باشد به اینکه: تفصیل مذکور با عموم آیهٔ اعتداء منافی است و ظاهر آیه اینست که همه جا مثل معتدی به را بگیرید ولو تفاوت قیمت باشد.

---

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۲، ص۴۸۸، باب۲۰، من ابواب الصرف، حدیث۴.

(امر پنجم)

قوله: الخامس:

یکی از اموری که برمقبوض به عقد فاسد مترتّب و متفرّع می شود آنست که: اگر مبیعِ تالف مثلی باشد مقتضای قواعد این شد که مشتری ضامن به مثل باشد ولی در اینجا صوری متصوّر است.

۱ـ گاهی مثل فعلاً متعذّر است. حکم این صورت در امر ششم خواهد آمد.

۲ـ و گاهی مثل بالفعل موجود است و یافت می شود و به قیمت عادلانه و مناسب و مساوی با تالف هم یافت می شود. حکم این صورت هم روشن است که باید مثل را بدهد.

۳ـ و گاهی مثل یافت می شود آنهم به قیمت کمتر از تالف یعنی در اثر تنزّل و پائین آمدنِ قیمتها این مبیع تالف در روز تلف مثلاً صد درهم ارزش داشت، ولی حالا که پس از یکماه مثلاً مشتری می خواهد مثل آن را بپردازد این مثل ۲۰درهم ارزش دارد. حکم این فرض هم در ادامهٔ همین امر پنجم خواهد آمد.

۴ـ و گاهی مثل موجوداست ولی به اضعاف مضاعف یعنی چنین برابر قیمت تالف، مثلاً مال تالف صد درهم ارزش داشت ولی الآن مماثلِ آن هزار یا دو هزار درهم ارزش دارد این فرض مورد بحث ما است و سئوال اینست که: بازهم باید آقای مشتری مثل را بدهد؟ و واجب است مثل تالف را به چند برابر قیمت آن خریده و تحویل بایع دهد یا خیر؟

جناب علاّمه در کتاب قواعد[1] فرموده: در فرض که مثل یافت نمی شود مگر به بیش از ثمن المثل، آیا برضامن واجب است که همان مثل را خریداری

(۱) قواعد الاحکام، ج۱، ص۲۰۴.

کند؟ محلّ اشکال و تردید است. به قول مرحوم شهیدی[1]: همین علاّمه در تذکره منشأ اشکال و تردّد را بیان کرده و فرموده: و جهان:

۱ـ خیر در این فرض خریدن مثل واجب نیست [دلیل آن دو امر است که در ادامهٔ بحث خواهد آمد.]

۲ـ آری بازهم خریدن مثل واجب است. زیرا که: مثل حکم عین را دارد والمثل کالعین همانطور که اگر خود عین موجود بود به هر قیمتی باید آن را تهیّه کرده و به مالک برساند، هکذا مثل هم چنین است. مرحوم شیخ دو صورت تصویر کرده و می فرمایند:

۱ـ گاهی منشأ ازدیاد قیمت مثل از قیمت تالف، ترقّی قیمت بازار است. یعنی این گندم دو ماه پیش صد تومان ارزش داشت و مشتری آن وقت تلف کرد، ولی الان پانصد تومان در بازار خرید و فروش می شود و بازار داغی دارد و قیمت مثل الان چندین برابر قیمت تالف در روز تلف است. در این صورت بلا اشکال برضامن شراء مثل واجب است و حق ندارد ابا و امتناع کند.

و شیخ طوسی ره در کتاب خلاف در باب غصب[2] فرموده: اگر غاصبی مالی را که مثلی است و مماثل دارد غصب کرد، مثلاً حبوبات، روغنها و... را غصب کرد و تلف کرد، براو واجب است به هرقیمتی که شده مثل مال مغصوبِ تالف را خریده و به مالک اصلی تحویل دهد. و در این جهت خلافی نیست.

و در کتاب مبسوط[3] فرموده: این مطلب اجماعی است [که بالاتر از نفی خلاف است.]

دلیل ما بروجوب شراء مثل ولو به چند برابر قیمت:

---

(۱) هدایة الطالب الی اسرار المکاسب، ص۲۳۲.
(۲) خلاف، ج۳، ص۴۱۵.
(۳) مبسوط، ج۳، ص۱۰۳.

۱ـ **عموم النّص:** نصّ که همان آیهٔ اعتداء و مانند آن باشد به قول مطلق فرموده: مثل باید بدهد و فرقی میان نقصان یا ازدیاد قیمت آن نگذاشت.

۲ـ **عموم الفتوی:** فتاوای قوم هم اینست که: در مثلی مثل واجب است.

۳ـ مؤید مطلب مذکور هم فحوی یک حکم از مشهور است، بیان ذلک:

در عکس فرض ما یعنی صورت تنزل قیمت بازاریِ مثل از تالف که یوم التلف مثلاً صد درهم ارزش داشت و الآن مثل آن بیست درهم ارزش دارد. کسی نگفته: که تنزل قیمت موجب سقوط مثل است و ضامن باید همان قیمت روز تلف را بپردازد.

بلکه همه گفته اند: مثل را که بپردازد کفایت می کند، بلکه حتّی در فرض نقصان فاحش هم مثل را گفته اند، و بلکه حتی در فرض سقوط مثل از قیمت و بکلّی بی ارزش شدنِ آن نیز احتمال داده اند که همان مثل واجب باشد و نوبت به قیمت نمی رسد. مانَند مثال قالب یخ یا برف که قبلاً تشریح شد، و مثال آب در کنار شطّ که شخصی مشک آبی را از کسی در وسط بیابان بی آب و علف تلف کرده و آنموقع آب خیلی قیمت داشت ولی الآن که کنار رودخانه نشسته اند لیوانِ آب یا مشک آب قیمتی ندارد و معذالک گفته اند: وی ضامن به مثل است و پرداخت قیمت براو واجب نیست.

حال در کلمهٔ فحوی دو احتمال وجود دارد:

۱ـ **فحوی یعنی مفهوم** یعنی صورت زیادی قیمت مثل صورت نقصان و تنزّل قیمت است و اگر در فرض تنزّل مثل باید بدهد پس در فرض ترقّی هم باید مثل بدهد.

۲ـ **فحوی یعنی اولویّت:** اگر در فرض تنزّل با اینکه مالک مشغول الذمّه نیست، مقصر هم نیست. معذلک دفع مثل واجب باشد، پس در فرض ترقّی که مشتری مشغول الذمّه است و ای چه بسا ضامن غاصب است و کار حرامی هم

کرده پس به طریق اولی باید مثل بدهد و متحمّل خسارت بشود.

۲ـ و گاهی منشأ ازدیاد قیمت آنست که: مثل کمیاب شده و به دست عدّه‌ای سودجو افتاده و آنها چون می بینند که ضامن راغب به مثل است و در صدد خریدن آن است چه بسا چندین برابر قیمت، جنس را می خواهند بفروشند وگرنه قیمت سوقیّه تفاوت نکرده است ومالکِ مثل خیلی طمّاع است و مال بیشتری برای فروش مثل مطالبه می کند که این مقدار عرفاً ضرر برضامن محسوب می شود و مشمول لا ضرر است.

حال مرحوم شیخ می فرماید: اینکه علاّمه در قواعد فرمود: ففی وجوب شراء المثل تردّد، منظورش آن صورت اوّل نیست زیرا که در آنجا قیمت بازار بالا رفته و اگر کسی پول بیشتر داد و کالائی را خرید کسی نمی گوید: به بیشتر از ثمن المثل خریده، خیر به خود ثمن المثل خریده چون ثمن امثال این جنس در بازار همین است.

آری در مقایسه با ثمن تالف این ثمن مثل الان بیشتر است ولی در اصل زیادتر نیست. و علاّمه فرمود: با زید من ثمن المثل، پس این فرض مورد نظر علاّمه نیست.

آری منظور علاّمه صورت دوّم است که الآن مطرح است و در اینجا فرموده فی وجوب الشراء تردّد.

مرحوم شیخ می فرماید: اگر این باشد ما نیز می گوئیم: یمکن التردّد یعنی چنین تردّدی جا دارد، و وجه تردّد اینست که: از طرفی به دو بیان ممکن است کسی بگوید: شراء مثل واجب نیست.

۱ـ گرچه مثل موجود است ولی موجود کذائي [که به چند برابر قیمت فروخته می شود.] کالمعدوم است و گویا مثل ندارد و در نتیجه تبدیل به قیمت می شود و قیمت تالف را در روز تلف می دهد نظیر باب کفّاره که باید یک رقبه

آزاد کند ولی اگر رقبه ای به او نمی فروشند مگر به ده برابر قیمت، اینجا عتق رقبه ساقط است و الموجود الکذائی کالمعدوم، و نیز در باب هدی و قربانیِ حج اگر گوسفند یافت نمی شود مگر به چندین برابر قیمت، باز خریدن آن برحاجی لازم نیست و به نحو دیگری که در جای خود مذکور است باید جبران کند.

۲ـ اگر ضامن را ملزم به مثل ساخته و بگوئیم: بازهم مثل واجب است لازمه اش اینست که ای چه بسا بایع از باب عناد و دشمنی وارد شده و صد برابر قیمت واقعیِ مثل را از ضامن مطالبه کند و این بلااشکال ضرر است و قانون لا ضرر چنین وجوب مثلی را برمی دارد.

[از طرفی هم جا داشت احتمال وجوب شراء را هم بیاورند که ما قبلاً بدان اشاره کردیم.

قوله: ولکن:

گرچه در صورت دوّم تردّد و اشکال ممکن و معقول است و لکن در عین حال به عقیدهٔ ما: اقوی آنست که در همینجا برمشتری شراء العین واجب باشد، و دیگران هم مثل ما گفته اند.

از قبیل: علاّمه در تحریر[۱] و فخرالدین در ایضاح[۲] و شهید اوّل در دروس[۳] و محقق ثانی در جامع المقاصد[۴] ابن ادریس در سرائر[۵] شیخ طوسی در کتاب خلاف.[۶] دلیل مطلب: عیناً همان دلیلِ صورت اوّل [صورت ترقّی قیمت بازار] است یعنی اطلاق و عموم نص و فتوی و فحوای مذکور فرقی میان

---

(۱) تحریر الاحکام، ج۲، ص۱۳۹.
(۲) ایضاح الفوائد، ج۲، ص۱۷۸.
(۳) دروس، ص۳۰۹.
(۴) جامع المقاصد، ج۶، ص۳۵۷.
(۵) سرائر، ج۲، ص۴۸۰.
(۶) خلاف، ج۳، ص۴۱۵.

این صورت با صورت قبلی نمی گذارد.

[**نکته:** مرحوم شهیدی فرموده:

ولا مانع من العمل به الاّ قاعدة نفی الضرر وهی من جهة دوران الامر بین ضرر المالك وضرر الضامن غیر جاریة لعدم امکان نفی کلیهما وکون نفی ضرر احدهما بالخصوص ترجیحاً ومع عدم جریانها لا مانع من العمل[1]]

قوله: ثم انّه:

بلا شک مالکِ مال تالف حق مطالبه دارد ولی آیا این حق از لحاظ شرائط زمانی و مکانی و غیره محدودیّتی دارد یا خیر؟ مرحوم شیخ می فرماید: به نظر ما محدودیتی ندارد و از لحاظ جواز مطالبهٔ به مثل میان مکان تلف و غیر آن فرقی نیست یعنی در مکان تلف حق مطالبه دارد در مکانهای دیگر هم حق مطالبه محفوظ است، و در امکنه دیگر هم که حق مطالبه دارد باز فرقی ندارد که قیمت مثل در مناطق دیگر بیشتر از قیمت مثل در بلد تلف باشد و یا مساوی یا کمتر باشد.

[دلیل تمام اینها عموم نص و فتوی است]

و در این نظر عدّه ای از اعاظم فقهاء باما موافق اند از قبیل: علاّمه در تحریر[2] و تذکره[3] فخرالدین در ایضاح[4] شهید اول در دروس[5] و محقق ثانی در جامع المقاصد[6]، و ابن ادریس در سرائر[7] فرموده: اینکه حق مطالبه مطلقاً محفوظ باشد عین عدالت اسلامی و مقتضای ادلّه و اصول و قواعد مذهب ما

---

(۱) هدایة الطالب، ص۲۳۲.

(۲) تحریر، ج۲، ص۱۳۹.

(۳) تذکرة، ج۲، ص۳۸۳.

(۴) ایضاح الفوائد، ج۲، ص۱۷۷.

(۵) دروس، ص۳۰۹.

(۶) جامع المقاصد، ص۲۵۷، ج۶.

(۷) سرائر، ج۲، ص۴۸۰.

است.

مرحوم شیخ می فرماید: سخن ابن ادریس صحیح است، چرا که شرع و عرف می گویند: الناس مسلطون علی اموالهم ومالک برمالش سلطلنت دارد و محجور نیست و از جملهٔ شُعَبِ سلطنت مطلقه همین حق مطالبه است.

البته تمام مطالبی که در امرِ خامس آوردیم در فرضی بود که مثل یافت بشود وگرنه با تعذّر مثل احکام دیگری پیدا می شود که ذیلاً در امر ششم خواهیم آورد.

(امر ششم)

قوله: السادس:

امر ششم از اموری که برمقبوض به عقد فاسد متفرع می شود آنست که: در مثلیّات قاعدهٔ مسلّم عبارت شد از ضمان به مثل، ولی همانطور که در آخر امر پنجم اشاره شد اگر مال تالف فعلاً در خارج مماثلی دارد که مشکلی نداریم و صور آن در امر قبلی گفته آمد.

امّا اگر چنانچه مثل متعذّر شد فرضاً گندم کسی را که مثلی است تلف کرده و باید گندم بدهد ولی گندم یافت نمی شود [یا از اوّل تلف، قحطی بود و گندمی نیست و یا پس از مدّتی این جنس نایاب شد.]

در اینجا چه باید کرد؟ مرحوم شیخ قائل به تفصیل شده و فرق گذاشته میان صورت مطالبه و صورت عدم مطالبه و فرموده: اگر چنانچه در فرض تعذّر مثل آقای مالک صبر نکرده و از ضامن مطالبهٔ مال می کند در اینجا به دو دلیل برضامن دفع قیمت واجب می گردد:

الف: جمع بین حقیّن: از طرفی مالک حقّ مطالبه دارد و کسی نمی تواند جلو او را بگیرد و ممانعت از مطالبهٔ او منافی با سلطنت او و موجب ظلم و تعدّی به او است و ظلم حرام است. و از طرفی هم در فرض تعذّر مثل، کسی نمی تواند

ضامن را به پرداخت مثل محکوم و ملزم سازد و چنین الزامی شرعاً و عقلاً منفی است چرا که یا مقدور مکلف نیست و تکلیف بما لا یطاق است [در فرض تعذّر] و یا مقدور است ولی وجوب کذائی حرجی است و تکلیفی حرجی نداریم [در فرض تعسّر] حال جمع میان حق مالک و حق ضامن ایجاب می کند که: ضامن قیمت را بپردازد.

ب: آیهٔ شریفهٔ اعتداء می گوید: و من اعتدی ... فاعتدوا بمثل ما اعتدی و چنانکه قبلاً بیان شد این مماثلت هم از حیث مقدار اعتداء بود و هم از حیث معتدا به و در فرض تعذّر از حیث شیئ معتدا به مماثلت نیست و امکان ندارد که مثل همان شیئ را بگیرد چون علی الفرض مثلی وجود ندارد ولی مماثلت از حیث مقدار اعتداء باید مراعات شود یعنی به اندازهٔ تالف که به مالک ضرر زده از مال قیمی باید بدهد و تدارك کند. والزام ضامن به قیمت دادن در فرض تعذّر مثل اعتداء به زیادتر از اعتداء ضامن نیست بلکه به مقدار او است و جایز است.

قوله: وامّا مع عدم:

امّا اگر در فرض تعذّر مثل آقای مالک از ضامن مطالبهٔ مال نکرد و گفت فعلاً صبر می کنم تا شاید مثل یافت شود آیا ضامن حق دارد بگوید: فعلاً که مثلی یافت نمی شود و من قیمت گندم شما را می دهم و شما هم باید قبول کنی؟ آیا مالک ملزم به قبول قیمت است؟

می فرماید: خیر هیچ دلیل برالزام او به قبول قیمت نیست، زیرا که حکم اوّلی و اصلی و به مقتضای قاعده این شد که مثل را بدهد و قیمت دادن خلاف اصل است و در امور خلاف اصل به قدر متیقن اکتفا می شود و قدر متیقن از دادنِ قیمت فرض مطالبه مالک است که اگر تقاضا کرد ناگزیریم از باب جمع میان حق مالک و حق ضامن [که تشریح شد] بگوئیم: ضامن باید قیمت را بدهد و مالک هم باید بپذیرد چون خودش خواسته و اقدام کرده، و امّا اگر خود مالک سکوت کرده

و فعلاً بنا را برصبر و انتظار گذاشته ما هیچ دلیل برسقوط مثل از عهدهٔ ضامن و تبدیل مثل به قیمت نداریم. پس باید تفصیل داد.

قوله: وما ذکرنا:

تفصیل ما از کلمات برخی از فقهاء عظام هم مستفاده است از قبیل: علاّمه در تذکره[1] و فخرالدین در ایضاح[2] آنجا که احتمالات مختلف مسئله را عنوان کرده اند [پنج احتمال است که به زودی خواهدآمد.] در ردّ برخی از احتمالات فرموده اند: مثل با اعواز و تعذّر و نایاب شدن از گردن ضامن ساقط نمی شود و کما کان مشغول الذمه به مثل است. سپس مثال زده اند: اگر در باب غصب آقای مغصوب منه یا مالک اصلی مالش را از غاصب مطالبه نکرد و صبر کرد تا زمانی که مثل مال مغصوب یافت شد حقّ دارد مثل را مطالبه کند و اگر مثل نشد نوبت به قیمت وقت تغریم یعنی یوم الدفع والاداء می رسد.

قوله: ولکن:

ما قائل به تفصیل شدیم ولکن وقتی به کلمات و فتاوای فقهاء مراجعه می کنیم، بسیاری از آنها تفصیل نداده و بطور مطلق فرموده اند: همینکه مثل متعذّر شد، نوبت به قیمت می رسد و مشتری ضامنِ به قیمت است.

قوله: ولعلّهم:

مرحوم شیخ می فرماید: اگرچه کلام اینان مطلق است ولی شاید منظور آنان هم صورت مطالبه باشد وگرنه بقولِ مطلق دلیل برتبدّل به قیمت و ضمان به آن نداریم.

قوله: ویؤید:

از اکثر فقهاء در باب قرض مطلبی نقل شده که مؤیّد تفصیل ما است و آن

---

(۱) تذکرة الفقهاء، ج۲، ص۳۸۳.

(۲) ایضاح، ج۲، ص۱۷۵.

اینکه: اگر زید به بکر مالی را که مثلی است قرض داد و الآن که بکر می خواهد قرضش را ادا کند مثل یافت نمی شود، چه باید کرد؟ فرموده اند: ملاك قیمت یوم المطالبه است.[1]

حال اگر به مجرّد تعذر مثل مسئله قیمت مطرح می شد که نوبت به طرح یوم المطالبه نمی رسید. آری برخی از آنان هم به جای یوم المطالبه به یوم الدفع تعبیر کرده اند که اشاره ای به فرض مطالبه و عدم آن ندارند ولی بازهم یوم التعذّر مطرح نیست.

[**نکته**: چرا این را مؤیّد قرار داد؟ جواب: شاید برای اینکه ممکن است کسی بگوید این مخصوص قرض است و ربطی به ما نحن فیه یعنی بیع فاسد ندارد. و چون این احتمال هم هست مؤیّد می شود.]

قوله: فلیتأمّل:

شاید اشاره باشد به اینکه یوم الدفع هم به یوم المطالبه برمی گردد و منظور یوم وجوب دفع است که همان روز مطالبه باشد.

قوله: وکیف کان:

مهمّ بیان حکم مسئله است: چه برمبنای تفصیل ما که در فرض مطالبه سخن از دفع قیمت به میان آوردیم و چه برمبنای اطلاق کلام اکثر که در فرض تعذّر مثل سخن از قیمت مطرح کردند، این سئوال مطرح می شود: که قیمت چه روزی ملاك است؟ یوم الاخذ؟ یوم التلف؟ یوم المطالبه؟ یوم الدفع؟ اعلی القیم از یوم اخذ تا یوم تلف؟ یا تا یوم مطالبه؟ یا تا یوم الدفع؟ یا اعلی القیم از یوم التلف تا یوم الدفع؟ و ...

فعلاً مرحوم شیخ دو احتمال اساسی را مطرح می کنند:

---

(۱) از قبیل ابن ادریس در سرائر، باب قرض، ج ، ص و شهید ثانی در مسالک، باب قرض، ج ، ص .

احتمال اوّل: مشهور برآنند که: در فرض تعذّر مثل، ملاك قیمت یوم الدفع است یعنی روزی که ضامن می خواهد اسقاط ذمّه نموده و قیمت بدهد، قیمت آن روز را باید بپردازد.

و دلیل مطلب همان است که مکرّر گفتیم که: به حکم عمومات و اطلاقات در مثلیات ضامن به مثل است و مثل در ذمّه او مستقرّ می شود و هیچ دلیلی نداریم که در فرض تعذّر، مثل از ذمّه ساقط شود، بلکه دلیل از عموم و اطلاق و استصحاب برخلاف آن حکم می کند و استمرار مثل را بازگو می کند.

تنظیر: همانطوریکه اگر بدهکار نتواند دَین خود را بدهد با عجز و تعذّر اداء، بدهی از گردن او ساقط نمی شود و کما کان مدیون است تا هروقت که بپردازد. در ما نحن فیه هم ضامن و مشتری چنین است.

قوله: و قدصرّح:

گروهی از فقهاء از قبیل: محقّق ثانی در جامع المقاصد[۱] و علاّمه در تذکره[۲] و فخرالدین در ایضاح[۳] به همین مطلب تصریح کرده اند.

قوله: ویحتمل:

احتمال دوّم: عدّه ای هم ملاك را قیمت یوم التعذّر دانسته و گفته اند: قیمت همان روز را باید بپردازد، نظر ابن ادریس در سرائر مبحث بیع فاسد[۴] همین است، علاّمه در تحریر باب قرض[۵] همین را گفته، از شهید ثانی هم در مسالک[۶] همین رأی حکایت شده، و دلیل این عدّه آنست که: یوم التعذّر وقت

---

(۱) جامع المقاصد، ج۶، ۲۵۴.
(۲) تذکره الفقهاء، ج۲، ص۳۸۳.
(۳) ایضاح الفوائد، ج۲، ص۱۷۵.
(۴) سرائر، ج۲، ص۲۸۵.
(۵) تحریر الاحکام، ج۱، ص۲۰۰.
(۶) مسالک الافهام، ج۲، ص۲۵۹.

انتقال به قیمت است چون تا مثل متعذر نبود که نوبت به قیمت نمی رسید، وقتی متعذّر شد قیمت مطرح شد وملاك قیمت آن وقت است.

قوله: ویضعّفه:

مرحوم شیخ در ردّ این استدلال می فرماید: مرادتان چیست؟ اگر منظورتان اینست که تا قبل از تعذّر ذمّهٔ ضامن، به مثل مشغول بود ولی پس از تعذّر انقلاب ما فی الذمّه پیدا شده و از این به بعد واقعاً ذمّهٔ او مشغول به قیمت است.

خواهیم گفت: قبل التعذّر مثل به ذمّه بود الآن هم کما کان مثل به ذمّه است و هیچ دلیلی برانقلاب ما فی الذمّه نداریم و بلکه دلیل برخلافش قائم است. و اگر منظورتان اینست که: تا قبل از تعذّر برضامن واجب بود که ذمّه اش را با دادن مثل آزاد سازد و مافی الذمّه را با اداء مثل اسقاط کند، ولی پس از تعذّر اداء مثل واجب نیست [چون مقدور نیست.] و تنها وجوب اسقاط به قیمت مطرح است آنهم در فرض مطالبه وگرنه همین هم واجب نیست.

حال اگر مقصود این شد، ما نیز قبول داریم ولی این دلیل آن نیست که پس قیمت یوم التعذّر را بدهد، خیر اگر همان روز قیمت را داد که بحثی نیست والاّ اگر آن روز به هر دلیل اسقاط ما فی الذمّه نکرد ومثلاً ده روز دیگر خواست بدهد باید قیمت همین ده روز بعد را بدهد نه یوم التعذّر را.

قوله: هذا:

این بحثهائی که کردیم و دو احتمال دادیم تماماً بنابراین بود که دلیل ما بروجوب مثل در مثلیّات اجماع باشد، و امّا اگر مستند ما آیهٔ اعتداء و عمومات و اطلاقات ضمان بود باید بگوئیم: ملاك قیمت یوم التعذّر است چرا که عموم و اطلاق مذکور ملاك را اقرب الی التالف قرار داده و در زمان وجود مثل، همان به تالف نزدیکتر است هم از لحاظ مالیّت و هم صفات و روی اقربیّت باید آن را بدهد و در زمان تعذّر مثل آنکه به تالف نزدیکتر است همان قیمت او به نقد رائج

است چون در مالیّت بدان نزدیک است.

و روی این محاسبه باید به مجرّد تعذّر مثل اقرب الی التالف را که قیمت است بپردازد، و احتمال دوّم درست می شود. [نکته: به نظر می رسد این سخن شیخ با سخنان قبلیِ او منافی است زیرا تا به حال به حکم اطلاق و عموم اصرار براستقرار مثل برذمّه بود حتّی در فرض تعذّر مثل، ولی الآن فرمودند: به حکم همین عموم و اطلاق در فرض تعذر مثل قیمت به ذمّه می آید و ایندو متنافی اند.]

قوله: اذ لافرق:

گویا کسی می گوید: این مطلب که به حکم عموم و اطلاق در فرض تعذر مثل حکم به ضمان قیمت کردید مربوط به صورتی است که: از ابتدا مثل متعذّر باشد و مثلی مانند قیمی باشد و امّا آنجا که اوّل مثل موجود و میسور بوده و سپس تعذّر برآن عارض شده است اینجا جای ضمان به قیمت نیست بلکه همان مثل مستقر می شود.

مرحوم شیخ می فرمایند: از این جهت اطلاقات فرقی میان تعذّر ابتدائی و تعذّر عارضی نگذاشته و فرق گذاری به استناد این ادلّه تحکّم و زورگوئی است.

قوله: ثمّ انّ:

تا به حال دو احتمال را در رابطه با قیمت مثل متعذّر مطرح کردیم:

۱ـ قیمت یوم الدفع

۲ـ قیمت یوم الاعواز، ولی باید بدانیم که احتمالات دیگری هم در مسأله وجود دارد که بیشتر آنها را علاّمه در قواعد[۱] آورده، و برخی از آنها را فخر الدین در ایضاح[۲] تقویت کرده و بعضی دیگر را هم بعض الشافعیه آورده و یا تقویت کرده اند و در اینجا تمام آن احتمالات را جمع بندی و تنظیم کرده و با

---

(۱) قواعد الاحکام، ج۱، ص۲۰۳.

(۲) ایضاح الفوائد، ج۲، ص۱۷۵.

مبانی و مدارك هریک، عرضه می کنیم و به ترتیبی که علاّمه احتمالات را آورده ما نمی آوریم و شیوهٔ بهتری داریم و آن اینکه:

بطور کلّی در فرض تعذّر مثل یا معتقد می شویم که: بازهم کما کان مثل در ذمّهٔ ضامن مستقر است و تا وقتی با پرداخت قیمت، آن را ادا نکرده همچنان مشغول الذمّه به مثل است. این همان احتمالی است که ما به پیروی از اکثر فقهاء اختیار کرده و ملاك را قیمت روزی که ضامن قیمت را به مالک می دهد یعنی یوم الاداء او الدفع او الاقباض، دانستیم و علاّمه ره این را به عنوان احتمال پنجم آورده است.

و یا معتقد می شویم به اینکه: با تعذّر مثل انقلابی حاصل شده و مالی که اوّلاً و بالذات مثلی بود ثانیاً و بالعرض قیمی می شود و احکام قیمی را پیدا می کند [که مبسوطاً در امر هفتم خواهد آمد و به اهمّ احتمالات در آن باب در همین بحث اشاره خواهیم کرد.] خود این احتمال سه صورت دارد:

۱ـ یا آنیکه بالعرض قیمی می شود و احکام قیمی برآن بار می شود مثل تالف است نه عین آن، یعنی قیمی بودن از اوصاف مثل است نه عین.

۲ـ ویا آنیکه قیمیِ بودن براو عارض شده خود عین تالف است و وصف به حال او است.

۳ـ ویا آنیکه قیمیِ بالعرض می گردد جامع بینهما و احدهما است [به بیانی که خواهد آمد.] اگر با تعذّر مثل خود مثل قیمی می گردد این خود سه احتمال دارد:

۱ـ اگر ملاك را در قیمیّات قیمت یوم التلف دانستیم [که یکی از اقوال در مسئله است و سیأتی] در ما نحن فیه ملاك قیمت مثل در روز اعواز و تعذّر است زیرا که یوم التلف مثلیِ بالذاتی که حالا قیمیِ بالعرض شده همین روز اعواز است نه قبل از آن. و گروهی از قبیل ابن ادریس در کتاب البیع سرائر [1] و علاّمه در

---

(۱) سرائر، ج۲، ص۲۸۵.

باب قرض از تحریر[۱] بدان تصریح کرده اند.

۲ـ و اگر ملاك را در قیمی قیمت یوم الضمان [روز که عین را مشتری از بایع گرفت همان روز ضامن به عین شد و علی الید ما اخذت آن را شامل شد.] دانستیم [چنانکه یکی از اقوال همین است.] در ما نحن فیه ملاك همان روز تلف عین است، چرا که تا آن روز خود عین مضمونه بود و از آن روز به بعد است که مشتری ضامن به مثل می گردد و مثل برعهده اش ثابت می شود.

۳ـ و اگر ملاك را در قیمیّات اعلی القیم از زمان ضمان تا زمان تلف [اگر فرضاً از روزی که مالیرا غصب کرد تا روزی که در دست او تلف شد یکماه طول کشید و در ظرف این مدّت از حیث قیمت فراز و نشیبهائی داشت، آن روزی که قیمت به اوج خود رسیده و از بقیّهٔ روزها بیشتر باشد آن ملاك است.] بدانیم [چنانکه عدّه ای از قدماء در باب غصب همین را گفته اند] در ما نحن فیه ملاك اعلی القیم از زمان تلف عین [که روز ضمان به مثل است.] تا زمان اعواز و تعذّر مثل [که روز تلف مثل است.] خواهد بود. علاّمه در قواعد این احتمال سوّم را به عنوان احتمال دوّم ذکر کرده است.

قوله: وان قلنا:

و اگر با تعذّر مثل خود عین تالف تبدیل به قیمیِ بالعرض می شود باز همان احتمالات مطرح است:

۱ـ اگر ملاك را در قیمیات قیمت یوم الغصب یعنی همان روز اخذ و ضمان دانستیم در ما نحن فیه قیمت عین را در روز اوّل یعنی روز اخذ آن باید بدهد و این ملاك است چون یوم الاخذ روز ضمان به عین است.

۲ـ و اگر ملاك را در قیمیات قیمت یوم التلف گرفتیم در ما نحن فیه ملاك قیمت خود عین در روز تلف آن است نه وقت دیگر. [این احتمال را شیخ نفرمود

---

(۱) تحریر الاحکام، ج۱، ص۲۰۰.

چون پرواضح است.]

۳ـ و اگر ملاك را در قیمیات اعلی القیم از یوم ضمان تا یوم التلف دانستیم در ما نحن فیه ملاك اعلی القیم از روز ضمان به عین یعنی روز اوّل تا روز تلف آن است و این شقّ را علاّمه در قواعد به عنوان اوّلین احتمال آورده.

قوله: وان قلنا:

وامّا اگر در فرض تعذّر مثل، معیّناً خود عین یا نفس مثل تبدیل به قیمی نمی شود بلکه کلّی و قدر جامع میان عین و مثل انقلاب به قیمی پیدا می کند [منظور از قدر مشترك عبارتست از صفات و مالیّت، چرا که عین و مثل از یک جنس و یکنوع و یک صنف اند با اوصاف مشترکی که در زیادی یا نقصان قیمت نقش دارند و دارای مالیّت و ارزش مساوی هستند.] ومنظور از تبدیل کلّی و قدر جامع به قیمی آنست که: تا هردو فرد کلّی یعنی هم عین و هم مثل باشند قطعاً جای قیمت نیست حتّی در قیمیّات اصیله و نیز تا یکی از آندو باشد باز نوبت به قیمت نمی رسد زیرا که الطبیعی یوجد بوجود فردما، آری هنگامی که هردو تلف شدند نوبت به قیمت احدهما می رسد والطبیعی تنعدم بانعدام جمیع افرادها، حال که کلّی و جامع قیمی شد احکام قیمی هم برآن مترتّب می شود:

[اگر در قیمی ضمان را به یوم الغصب دانستیم در ما نحن فیه مردّدیم چون نمی دانیم ملاك یوم الضمان خود عین است یا یوم الضمان مثل و کلّی برهردو قابل صدق است.

و اگر در قیمی ملاك را یوم التلف دانستیم باز در ما نحن فیه مرددّیم که ملاك روز تلف خود عین است و یا یوم التلف مثل.

و اگر ملاك در قیمی ضمان یوم المطالبه باشد در ما نحن فیه مشکلی نداریم.

و اگر ملاك در قیمی ضمان به یوم الدفع باشد باز بحثی نیست.]

و اگر در قیمی ضمان را به اعلی القیم از روز ضمان تا روز تلف دانستیم، در

ما نحن فیه شخص ضامن به أعلی القیم از روزضمان تا روز تعذّر و اعوازِ مثل خواهد بود، زیرا که تا وقتی یکی از عین یا مثل وجود دارند کلّی و قدر جامع برآنها صادق و در ضمن آنها موجود است و نوبت به قیمت نمی رسد آری وقتی هردو متعذّر شدند قیمت مطرح می شود. علاّمه در قواعد این وجه را به عنوان احتمال سوّم آورده و اگر در قیمیات ملاك را عالیترین قیمت از روز ضمان تا روز دفع دانستیم به دلیل اینکه: الغاصب یؤخذ بأشق الاحوال [کماسیأتی]

در ما نحن فیه باید بگوئیم: عالیترین قیمت از هنگام ضمان تا هنگام دفع قیمت مثل [عبارت کتاب دفع المثل است ولی باید چیزی در تقدیر باشد ای دفع قیمة المثل و شاهد مطلب تصریح شیخ ره در و حاصله... است که فرموده: وجوب دفع قیمة المثل.] را باید بدهد [و در عبارت قواعد این احتمال چهارم است.] و دلیل این احتمال از زبان علاّمه در تذکره[1] و فخرالدین[2] در ایضاح، چنین است: به مجرّد اعواز و نایاب شدنِ مثل، انقلاب ذمّه پیدا نشده و مثل از عهده ساقط نمی شود. پس بعد از تعذّر هَم اگر تا روز اداء قیمت، ارتفاع قیمتی پیش آمد آن را هم باید ادا کند ولذا ملاك تا یوم الدفع است. سپس علاّمه و فخر شاهدی آورده اند که:

اگر مالک اصلی قیمت را مطالبه نکرد و گفت: من تا زمان وجدان مثل صبر می کنم، بلا اشکال مستحق مثل خواهد بود، پس بعد از تعذّر هم مثل در ذمّه است آری به هنگام تغریم و خسارت دادن چون مثل متعذّر است قیمت آن را باید بدهد.

قوله: والقیمة الواجبة:

این مبناي احتمال مذکور است بنابراینکه برغاصب واجب باشد که اعلی

---

(۱) تذکرة الفقهاء، ج۲، ص۳۸۳.

(۲) ایضاح الفوائد، ج۲، ص۱۷۵.

القیم را بدهد در ما نحن فیه احتمال فوق مطرح می شود.

قوله: وحاصله:

خلاصهٔ این احتمال و آن وجه علاّمه و فخر این است که: وجوب دفع قیمت مثل از زمان وجوب دفع تا زمان وجوب مُبدل یعنی خود عین است و اعلی القیم در این مدّت را باید بپردازد.

قوله: فافهم:

شاید اشاره باشد به اینکه: انقلاب عین به قیمی بودن و گردیدن مثل قیمی معقول است ولی انقلاب احدهما یا قدر جامع معنا ندارد چون قدر جامع که چیزی جدای از افراد و مصادیق نیست.

[در خاتمه به دو نکته اشاره می کنیم:

۱ـ مرحوم سیّد در حاشیه در رابطه با احتمالات پانزده احتمال با وجه و دلیل آورده است که دیدن آنها خالی از لطف نیست. مضافاً به ده مطلبی که به مناسبت ذکر کرده است[۱]

۲ـ پنج احتمال مذکور از زبان علاّمه چون در مکاسب به غیر ترتیب علاّمه آمده بود، بجا است که به ترتیب خود علاّمه بیاوریم:

احتمال اوّل: اعلی القیم از یوم الغصب تا زمان تلف، برمبنای انقلاب خود عین به قیمی بودن.

احتمال دوّم: اعلی القیم از زمان ضمان مثل تا زمان تلف مثل، برمبنای انقلاب مثل به قیمی.

احتمال سوّم: ضمان اعلی القیم از زمان غصب عین تا زمان تعذّر مثل، برمبنای انقلاب جامع بین عین و مثل به قیمت.

احتمال چهارم: اعلی القیم از زمان ضمان تا زمان اداء قیمت مثل، برمبنای

---

(۱) حاشیة السیّد علی المکاسب، ص۹۹ـ۱۰۰.

ضمان جامع بین مثل و عین با عدم تبدّل مثل به قیمت عند التعذّر ...

احتمال پنجم: ضمان به قیمتِ مثل در روز تفریغ ذمّه، برمبنای بقاء و استقرار مثل در ذمّه و عدم سقوط آن با اعَواز و تعذّر.]

قوله: اذا عرفت هذا:

تا به حال در صدد بیان احتمالات و وجوه در کلام علاّمه بودیم و کاری به صحّت و سقم آنها نداشتیم و اینک اشاره ای به مبانی کرده و وجه حقّ و صحیح را اختیار می کنیم:

برمبنای مشهور که بطور مطلق گفته اند: «در مثلیات مثل واجب است» و اطلاق کلام آنها هم فرض میسور بودن مثل و هم فرض تعذّر آن را شامل می شود، باید گفت: برفرض تعذّر هم مثل از ذمّه ساقط نمی شود بلکه کما کان ضامن مشغول الذمّة به مثل است منتها اگر مالک اصلی مطالبه نکرد که بحثی نیست ولی اگر مطالبه کرد برضامن واَجب است که اسقاط ذمّه کند و چون مثل میسور نیست، نوبت به قیمت می رسد و قیمت همان روز دفع را باید بدهد و قیمت روزهای دیگر کافی نیست.

و امّا برمبنای ما که از اطلاقات ضمان و عموم آیه این معنی را فهمیدیم که ملاك اقربیّت الی التالف است: اگر مثل یافت می شود که مثل اقرب است چون هم در صفات و هم درمالیّت شبیه و مثل تالف است، ولی اگر مثل متعذّر شد نوبت به قیمت رسیده و در این مرتبه قیمت اقرب الی التالف است چون در مالیّت مثل او است ولو در صفات نیست. آنگاه در فرض تعذّر مثل [چه از آغاز متعذّر باشد یعنی از هنگام تلف عین، مثل متعذّر بوده چنانکه در قیمیات چنین است که از اوّل مثل ندارند و چه بعد از مدتی تعذّر برآن عارض شود یعنی اوّل مثل داشت و سپس متعذّر شد.]

در هر حال قیمت متعیّن می شود، و این قیمت هم قیمت خود عین مضمونه

است نه مثل، آنهم قیمت عین از وقتی که بالعرض قیمی شده نه قبل از آن، و وقت قیمی شدن وقت تعذّر مثل است.

با این محاسبه حالِ تعذّر ملاك قیمی شدن مثلی است امّا نه از باب اینکه: مثل قیمی می شود بلکه از بابِ اینکه عین تالف از حالا قیمی می شود و تا حالا مثلی بود و قیمت مال خود عین است. حال که برمبنای ما از حین تعذّر خود عین قیمی می شود طبعاً باز مبانی پیش می آید:

[اگر در قیمیات ملاك را روز ضمان دانستیم در ما نحن فیه هم ملاك قیمت یوم الاخذ است و اگر در قیمیات ملاك را روز مطالبه یا روز اداء دانستیم در ما نحن فیه هم مطلب همان است]

ولی اگر در قیمیّات ضمان یوم التلف مطرح بود، در ما نحن فیه سخن ابن ادریس زنده می شود و حق با او است که قبلاً در بیع فاسد می گفت: به مجرّد تعذّر مثل نوبت به قیمت می رسد و ملاك قیمت آن روز است [چرا که آن رور روز تلف عین با وصف قیمی بودن است و قبل از آن روز عین تالف مثلی بود نه قیمی، قیمی بودن با تعذّر و اعواز مثل حاصل شد و قیمی بودن الآن حاصل می شود ولذا قیمت این روز ملاك است.

وامّا اگر در قیمیّات ملاك را ضمان به اعلی القیم از هنگام غصب و ضمان تا هنگام تلف عین دانستیم، در ما نحن فیه اعلی القیم از هنگام ضمان تا هنگام تعذّر مثل مطرح می شود، چرا که تا وقتی خود عین بود اگر آن را ردّ می کرد نسبت به ارتفاع قیمت مشغول الذمّه نبود و ضمان ارتفاع قیمت مراعا و متزلزل و مشروط بود که اگر عین تلف شد... و بعد از آنهم چون فرض ما در مثلیّات است باز تا وقتی که مثل موجود باشد اگر مثل را ردّ کرد نسبت به ارتفاع قیمت ضامن نیست و ضمان آنها اگر می بود که شرطش حاصل نشده در نتیجه تا عین یا مثل هستند نسبت به ارتفاع قیمت یک ضمان متزلزل است که اگر عین یا مثل را نداد باید

ارتفاع قیمت را جبران کند و وقتی ضمان مذکور مستقرّ می شود که مثل و عین هردو تلف شوند آنگاه اینجا دو فرض پیدا می شود :

۱ـ اگر گفتیم با تعذّر مثل، مثل ساقط می شود همانگونه که با تلف عین، اداء عین ساقط می شد نتیجه آنست که : اعلی القیم از هنگام ضمان تا هنگام تعذّر مطرح است. و به عقیدهٔ شافعیّه این احتمال اصّح الاحتمالات است.

۲ـ ولی اگر مثل مشهور گفتیم : با تعذّر مثل هم مثل ساقط نمی شود و تعذر مثل مانند تلف عین نیست که مسقط باشد بلکه مثل باقی است در اینجا ارتفاع قیمت پس از تعذر مثل تا زمان دفع را هم ضامن می شود و بهتر آنست که بگوئیم : اعلی القیم از هنگام غصب تا هنگام دفع قیمت ملاك است. و این وجه از فخرالدین در ایضاح حکایت شده، و مرحوم شیخ هم می فرماید : برمبنای قول به ضمان اعلی القیم آنهم به صورت مراعا و مشروط به عدم ردّ عین یا مثل، همین قول وجیه تر است. و ما هم این را می پسندیم.

قوله : ثم اعلم :

تا به حال اصل مسئلهٔ تعذّر المثل در مثلیّات با احتمالات و مبانیِ آنها و انتخاب قول حق بیان شد، اینک اموری را به عنوان فروعات مسئله یا چیزهائی که مربوط به زوایای گوناگونِ آن است ذیلاً مطرح می کنند :

مطلب اوّل : تعذّر یا اَعواز مثل دو گونه است :

۱ـ تعذّر ابتدائی : آنست که از روز اوّل که عین تلف شدمثل آن به هر دلیل یافت نمی شد و متعذّر بود، همانند قیمیّات که آنها هم بالاصالة ومِن اوّل الامر مثل ندارند.

۲ـ تعذّر عارضی : آنست که در بعض ازمنهٔ تلف عین، مثل موجود بود وپس از آن نایاب و متعذّر شد، مثلاً عین مال امروز در دست غاصب یا مشتری تلف شد، و تا ده روز دیگر هم مثل داشت و از روز یازدهم مثل نایاب شد.

حال آیا احتمالات و اقوال و مطالبی که قبلاً در رابطه با تعذّر مثل گفتیم اختصاص به نوع خاصّی از تعذّر دارد؟ یا فرقی میان دو قسم تعذّر نیست؟

علاّمه ره مسئله را اینطور عنوان کرده: لو تلف المثلی والمثل موجود ثم أُعوز... و در چنین فرضی فرموده: پنج احتمال وجود دارد... که مبسوطاً بحث شد، ظاهر این عنوان آن است که احتمالات و احکامِ مذکور مخصوص تعذّر عارضی است چون اینجا است که عنوان مسئله صدق می کند، و در تعذّر از اوّل امر این احتمالات نیست[۱]

مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد[۲] در تکمیل سخن علاّمه فرموده: در فرض تعذّر ابتدائی جای احتمالات گوناگون نیست و معیّناً قیمت را باید بپردازد آنهم قیمت یوم التلف را.

قوله: ولعلّه:

مرحوم شیخ می فرماید: شاید دلیل جناب محقّق ثانی برتعیّن قیمت این است که: شخص ضامن در فرض تعذّر ابتدائی در هیچ حالی از حالات و وقتی از اوقات مشغول الذمّه به مثل نشد و هیچگاه وجوب مثل در حق او منجّز و حتمی نشد نه در وقت وجود عین که ضمان به خود عین داشت و نوبت به مثل نمی رسید، و نه در وقت تلف عین که چون مثل از اوّل متعذّر بود باز تکلیف به آن نوعی تکلیف بما لا یطاق است و از مولای حکیم صادر نمی شود.

آری به صورت معلّق و قضیهٔ اگریّه می توان گفت: اگر در هنگام تلف عین، مثل متعذّر نبود بلکه میسور بود، وی ضامن به مثل می شد ولی این شرط و اگر محقق نشد و در هنگام تلف مثل متعذّر بود، پس هیچوقت وجوب مثل در حق ضامن منجّز نشد، و وقتی عین نبود و مثل هم نشد قهراً نوبت به قیمت می رسد و

---

(۱) قواعد الاحکام، ج۱، ص۲۰۳.

(۲) جامع المقاصد، ج۶، ص۲۵۲.

این احتمال تعیّن می یابد و جای تعیّن مثل یا تخییر میان مثل و قیمت نیست.

قوله: ویمکن:

مرحوم شیخ به دلیل مذکور خدشه وارد کرده ودر آن مناقشه می کنند: و بیان ایشان اوّل به تعبیری و سپس در و بالجمله به تعبیر دیگری است که ما یکجا و به یک بیان ذکر می کنیم و آن اینکه: از شما می پرسیم آیا عقلاً تمکّن و قدرت براداء مثل شرط و قید وجوب مثل در ذمّه هست یا نیست؟ اگر تمکّن را شرط وجوب می دانید پس نباید میان تعذّر ابتدائی و استدامه ای فرق بگذارید، بلکه باید بگوئید: آنجا که از اوّل مثل نایاب است وجوب مثل هم ساقط است و آنجا هم که بعد از مدّتی و در ادامه مثل نایاب می شود باز وجوب مثل ساقط می شود زیرا که اذا انتفی الشرط او القید انتفی المشروط او المقیّد، پس در فرض تعذّر عارضی هم بگوئید: وجوب مثل ساقط می شود و جای احتمالات گوناگون نیست بلکه معیّناً قیمت را باید بدهد. در حالی که شما به این لازم ملتزم نیستید و خود معترفید که با طردّ تعذّر هم مثل در ذمّه می ماند...

و اگر تمکّن را شرط وجوب مثل نمی دانید باز هم نباید میان دو تعذّر فرق بگذارید بلکه باید بگوئید: همانطوری که تعذّر استدامه ای مُسقِط وجوب مثل نیست هکذا تعذّر من اوّل الامر هم مسقط وجوب مثل نیست. و عقل میان آندو نفیاً و اثباتاً فرق نمی گذارد. و برهمین اساس فقهاء در باب قرض این تفصیل را نداده اند که اگر متمکن از مثل بود مثل واجب است وگرنه قیمت، خیر چه متمکن باشد یا نه مثل واجب است، عدم تمکّن هم چه از اوّل امر باشد و چه در ادامه راه.

قوله: الاّ ان یقال:

سپس به دفاع از محقّق ثانی از خدشهٔ مذکور جواب می دهند:

درست است که عقل فرقی میان دو نوع تعذّر نمی گذارد ولزوم یا عدم لزوم

تمکّن را در هردو یکسان می بیند ولی ممکن است کسی ادّعا کند که: مقتضای ظاهر ادلّهٔ وجوب مثل در مثلی فرض تمکّن از مثل است و ادلّه در این فرض ظهور دارند [دلیل یا اجماع است که دلیل لبّی می باشد و باید به قدر متیقّن آن اکتفا شود و آن وجوب المثل است عند التمکّن و یا اطلاق آیهٔ اعتداء و مانند آنست که می گوید: فاعتدوا بمثل ... و کسی بگوید: این اطلاق انصراف به فرض تمکّن دارد و فرض تعذّر را شامل نیست.] که اگر این ظهور پذیرفته شد می گوئیم: خود ادلّهٔ وجوب مثل فرض عجز و تعذّر را شامل نیست و لسان دلیل میان دو نوع تعذّر فرق گذاشته و تفکیک قائل شده است.

آنگاه اگر تعذّر مثل ابتدائی بود، ظواهر ادلّه آن را شامل نیست و حکم به وجوب مثل نمی کند و نوبت به قیمت می رسد، ولی اگر تعذّر استدامه ای بود، از آنجا که روز اوّل تلف عین، مثل میسور بوده ظاهر ادلّه اینجا را شامل شده و حکم به وجوب مثل کرد.

حالا پس از مدّتی هم اگر احیاناً تعذّری عارض شد مانع از وجوب مثل نیست و سبب انقلاب مثلی به قیمی نمی شود و دلیلی هم برسقوط مثل نداریم، [بلکه دلیل برخلاف آن است که استصحاب بقاء باشد.]

[ولی در اینجا قضاوت نمی کنند که آیا ظاهر ادلّه مخصوص صورت تمکّن است یا خیر؟ امّا قبلاً در ذیل آیهٔ اعتداء فرمودند: به حکم اطلاقات ضمان و آیه، مثل به ذمّه می آید آن هم مطلقاً یعنی چه در مثلی و چه در قیمی در قیمی هم چه مثل داشته باشد و چه نداشته باشد و این دو مطلب باهم سازگار نیست.]

قوله: و قد یقال:

بعضی ها اشکال دیگری به محقّق ثانی کرده اند: فرض را در نظر بگیرید که در هنگام تلف عین مثل متعذّر بود ولی پس از مدّتی موجود شد که تیسّر و وجدان عارضی است.

حال لازمهٔ کلام محقّق ثانی که فرمود: یتعیّن القیمة... آنست که در فرض مذکور هم معیّناً قیمت واجب باشد و مالک حق نداشته باشد مثل را مطالبه کند در حالی که هیچ فقیهی به این لازم ملتزم نیست. پس تعیّن قیمت در فرض تعذّر تالی فاسد دارد.

قوله: وفیه:

مرحوم شیخ به دفاع از محقّق می فرماید: این اشکال هم قابل تأمّل و مورد نظر است [زیرا که جا دارد محقّق بگوید: من طرفدار تعیّن قیمت هستم امّا مادامی یعنی تعیّن قیمت و انقلاب مثلی به قیمی مادامی است که مثل آن یافت شود و همینکه یافت شد جای این تعیّن هم نیست پس هم تعیّن قیمت صحیح است و هم اشکال وارد نیست.

قوله: ثمّ انّ:

گفتیم در فرض اعواز یا تعذّر مثل احکامی مطرح است، موضوع بحث ما فرض تعذّر یا اعواز است و طبعاً این سئوال مطرح می شود که ضابطهٔ اعواز چیست؟ معیار در تعذّر کدام است؟ در مجموع چهار ضابطه از سوی فقهاء عنوان شده:

۱ـ علاّمه در تذکرة[1] فرموده: ملاك در اعواز آن است که مثلِ تالف در همان بلد تلف یا مطالبه [ولی اوّلی اظهر است.] و در حومهٔ آن یافت نشود. فی المثل اگر در قم و اطراف آن مثل پیدا نشد می گوئیم: مثل متعذّر شده، نایاب شده و نوبت به قیمت و احتمالات می رسد.

۲ـ شهید ثانی در مسالک[2] جمله ای را بر سخن علاّمه افزوده: ملاك در تعذّر آن است که مثل نه در بلد تلف یافت شود و نه در حوالیِ آن و نه در شهر

---

(۱) تذکرة الفقهاء، ج۲، ص۳۸۳.

(۲) مسالک الافهام، ج۲، ص۲۵۹.

دیگری که معمولاً با این شهر داد وستد و نقل و انتقال دارند و گندم می برند و می آورند و ... [مثلاً شهر تهران] امّا اینکه در بلاد دورتر مثلِ خراسان و ... مثل یافت بشود ملاك نیست، همینکه در بلد و ما حوله و ... نبود، تعذّر و اعواز صدق می کند و بدنبال آن احکامش می آید.

قوله: کما ذکروا:

همانطوری که فقهاء در باب بیع سلم گفته اند که: اگر مُسْلَم فیه یعنی کالائی که پیش فروش شده و معاملهٔ سلفی روی آن انجام گرفته، منقطع شد یعنی فروشنده قدرت برتحویل آن نداشت نوبت به تخییر مشتری میان نسخ و صبر می رسد. و ملاك را در انقطاع، عدم قدرت براداء در بلد و ما حوله و بلد دیگر قرار داده اند.

۳ـ محقق ثانی معیار را مراجعه به عرف دانسته و فرموده برای تعیین حدود تعذّر و اعواز باید به عرف مراجعه کنیم و هرجا را که عرف متعذّر دانست همان ملاك است.[1]

٤ـ قوله: ویمکن:

مرحوم شیخ می فرماید: ما هیچ دلیلی برضابطه های مذکور نداریم.

ولذا می گوئیم: باید دید از اطلاق ادلّه چه استفاده می شود؟ مقتضای عمومات که می گوید: باید مال مردم را به آنها ردّ کنید. [علی الید ما اخذت حتی تؤدی، الغصب کلّه مردود]

و مقتضای ادلّهٔ تسلیط مردمان براموالشان [الناس مسلطون علی اموالهم و ...] آنست که: در قدم اوّل خود عین مال مردم را باید به صاحبانش مسترد کرد و در این جهت فرقی نیست میان اینکه ردّعین مخارجی داشته باشد یا نه، حتّی اگر مؤنه و مخارج فراوانی هم داشته باشد باید ضامن متحمّل شود و عین را به مالک

(۱) جامع المقاصد، ج۶، ص۲۴۵.

برساند، [مقدّمهٔ واجب واجب است]

و در قدم دوّم از آنجا که مثل اقرب الی التالف است نوبت به پرداخت مثل می رسد، باز مثل هم حکم عین را دارد یعنی برضامن واجب است که از هرکجا و به هر قیمتی و با هر مخارجی که شده آن را تهیّه کرده و به مالک اصلی تحویل دهد، ولذا قبلاً در امر خامس گفتند: یجب تحصیل المثل بایّ ثمنٍ کان.

با این محاسبه ضابطهٔ اوّل و دوّم ابطال می شود و شهر و حومه یا حداکثر شهر مجاور مطرح نیست و مقتضای ادلّه غیر از این نیست. پس دو معیار مذکور دلیلی ندارد ومجرّد ادّعا است بلکه دلیل برخلاف آن است. [البته شاید مراد علاّمه و شهید ثانی تعیین و خصوصیّت نیست بلکه مرادشان حواله به عرف است و آن را که ذکر کردند به عنوان مصداق برای فهم عرف است نه اینکه موضوعیّت داشته باشد.]

قوله: نعم:

اگر اجماعی به این عنوان منعقد شود که: اگر مثل نایاب شد قیمت ثابت می شود، معقد اجماع اعواز مثل است و چون معنای شرعی آن مطرح نیست، ملاك رجوع به عرف است [چنانکه در خود تعریف مثلی و قیمی این را گفتیم.] آنگاه معیار محقق ثانی درست می شود.

چه اینکه اگر خود مجمعین دو گروه بودند و یک دسته گفتند: عند الاعواز قیمت مطرح می شود و عدّه ای هم تعبیر به تعذر کرده و گفتند: مع التعذّر یجب القیمه، باید آن واژه ای را که اخصّ است همان را بگیریم چون او قدر متیقن و مورد قبول همهٔ مجمعین است و آن تعذّر است که اخص از اعواز است زیرا که تعذّر در موردی است که عقلاً دسترسی به مثل ممتنع باشد، ولی اعواز عرفی است و در جائی گفته می شود که عرفاً مثل نایاب باشد اگرچه عقلاً محال نیست.

آنگاه تنها در فرض تعذّر عقلی نوبت به قیمت می رسد و در فرض اعواز

نوبتِ قیمت نیست بلکه جای مثل است ولو باضعاف قیمت [البته در حدّی که اجحاَف و ظلم فاحش در حق ضامن نباشد و مستلزم ضرر فاحش نگردد وگرنه واجب نیست.]

[مرحوم سیّد در حاشیه فرموده:

الظاهر انّ المراد من التعذّر العرفی و حینئذٍ فیتحدّ مع الاعواز الذی بمعنی کونه مفقوداً عرفاً وان ارید العقلی فیهما فهما متحدّان ایضاً فالاخصیّة انّما تتمّ مع التفکیك بارادة العقلی من ارادة الاوّل والعرفی من الثانی[1]]

[ولی اساساً چنین اجماعی نیست تا معقد آن را بررسی کنیم چرا که مشهور گفتند: مع تعذّر المثل هم باز اشتغال ذمّه به خود مثل است و تعذّر مُسقط آن نیست. پس همان سخن قبلی زنده می‌شود که: مع التعذّر العقلی قیمت ولی مع الاعواز العرفی باز جای مثل است.]

قوله: نعم:

استدراك از اینکه ملاك تعذّر عقلی باشد و مجمع علیه این باشد:

در بعض روایات بیع سلم چنین آمده: اگر مسلم الیه [بایع] نتواند مسلم فیه [مبیع] را به مشتری بدهد مشتری مخیّر است [میان فسخ معامله یا صبر و انتظار کشیدن]

[ومراد از روایت، حسنهٔ حلبی است:

عن الحلبی عن ابیعبدالله عليه السلام: انّه سئل عن الرجل یسلم فی الغنم ثنیان وجذعان وغیر ذلك الی اجل مسمّی؟ قال: لا بأس ان لم یقدر الذی علیه الغنم علی جمیع ما علیه ان یاخذ صاحب الغنم نصفها او ثلثها او ثلثیها ویاخذ رأس مال ما بقی من الغنم دراهم، ویاخذون دون شروطهم، ولا یاخذون فوق شروطهم، قال: والاکسیة ایضاً مثل الحنطة والشعیر

(۱) حاشیة السیّد علی المکاسب، ص۱۰۲ـ۱۰۱.

والزعفران و الغنم[1]]

[البته غیر از تخییر مشتری اقوال دیگری هم در باب بیع سلم هست که مرحوم سیّد در حاشیه ص۱۰۲ ذکر کرده] و چون در لسان روایت فرموده: ان لم یقدر... و خطاب به عرف است، طبعاً مراد عدم قدرت عرفی است یعنی نایاب بودن در محدودهٔ زندگیِ او نه عدم قدرت عقلی که استحالهٔ تعذّر باشد.

حال در ما نحن فیه هم کسی می تواند از آن حکم استیناس کرده و بگوید: ملاك تعذّر عرفی است نه تعذّر عقلی. پس اگر معقد اجماع درست شد همان اعواز عرفی ملاك می شود. وگرنه ما هستیم و مقتضای ادلّه که گذشت.

قوله: ثم انّ:

مطلب دیگری که مطرح است اینکه: در فرض تعذّر مثل نوبت به قیمت می رسد [حالا قیمت یوم الضمان یا یوم التلف یا یوم المطالبه یا یوم الاداء و... فعلاً مطرح نیست و کاری به اینها نداریم.]

امّا فرض اینست که فعلاً مثل متعذّر و نایاب است، آنگاه با فرض نبود آن در بازار چگونه قیمت گذاری شود؟ و ضابطه در تقویم مثل متعذّر و معدوم چیست؟

می فرماید: فرض وجود مثل می کنیم و سپس تقویم انجام می دهیم، یعنی می گوئیم: اگر چنانچه الآن مثل در بازار وجود می داشت فلان مقدار قیمت داشت، و بدین وسیله قیمت را بدست می آوریم. ولی اینهم کافی نیست زیرا وجود مثل در خارج چند نوع است:

۱ـ گاهی وجودش در نهایت عزّت و کمی است یعنی مثل هست ولی خیلی خیلی کمیاب و به خاطر کمی عزیز الوجود است و مردمان آن را عزیز می شمارند. مانند میوه ای که در اوّل بهار یا تابستان یا پائیز [خلاصه میوهٔ هرفصلی در فصل خودش]تازه به بازار آمده و نوبری و کم است. یا میوه ای که آخر فصل

---

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۳، ص۶۸، باب۱۱، حدیث اوّل.

آن رسیده و در شُرُف تمام شدن است باز درغایت عزّت و کمی است. [و حکم میوهٔ شب یلدا را دارد.]

۲ـ و گاهی وجود مثل در نهایت کثرت وزیادی است و خیلی فراوان است و به خاطر همین کثرت، ذلیل الوجود است و خیلی برای آن ارزش قائل نیستند. مثل میوه ای که اوج بازار آن و فصل آن فرا رسیده باشد که از هرطرف به بازار سرازیر می شود.

۳ـ و گاهی وجود مثل یک وجود متوسّط است یعنی نه خیلی کم است تا قیمت آن بالا باشد و نه خیلی زیاد تا قیمت آن کم شود، بلکه متعادل و به اندازه ای هست که بازار اشباع شود و قیمت هم عادلانه و حدّ وسط است.

حال اینکه فرض وجود نموده و قیمت را بدست می آوریم فرض کدام وجود؟ ملاك کدام وجود است؟ وجود عزیز؟ یا وجود ذلیل؟ یا وجود متوسط؟

مرحوم شیخ می فرماید: ما اوّلی را اختیار کرده و می گوئیم: ملاك در تقویم فرض وجود مثل است هرچند وجودش در غایت عزّت فرض شود و در نتیجه قیمت بالا باشد و ضامن مجبور باشد که همین قیمت بالا را بپردازد [شاید به خاطر اطلاقات ضمان باشد که قبلاً در امر پنجم بیان شد.]

قوله: لکن:

وجود عزیز و کمیاب هم دو گونه است:

۱ـ گاهی بگونه ای است که اگرچه کم است و در نتیجه قیمت بالا است امّا معذلک آن جنس راغب دارد و عقلاء در خرید آن رغبت می کنند و برای رفع نیازهای روزمرّه اقدام به معامله می کنند و در حدّی نیست که بازار معاملهٔ آن تعطیل شود. [مثلاً آهن اگر زیاد باشد، هرشاخه ای ده هزار تومان معامله می شود، ولی حالا که کم است تا بیست هزار تومان هم معامله می شود.]

۲ـ و گاهی در حدّی است که هیچ عاقلی برای رفع نیازهای معمولی اقدام

به خرید آن نمی کند، دارندهٔ جنس هم چون نیاز به پول آن ندارد یک مبلغ گزاف و سرسام‌آوری را مطرح می کند. [مثلاً هر شاخهٔ آهن را به صد هزار تومان می فروشد.]

حال ملاك آن قسم اوّل است که بایِّ ثمنٍ کان معامله می شود، نه این قسم دوّمی که در حال اختیار و با میل و رغبت کسی حاضر به خریدن آن به فلان مبلغ نیست.

البته گاهی ممکن است ضرورتی پیش آید و شخص مجبور به پرداخت آن مبلغ سنگین در قبال این جنس باشد ولی بطور معمول چنین نمی کنند، و آن فرض اضطرار والجاء هم که ملاك نیست.

به عنوان مثال: فرض کنید مقداری جمد [این کلمه هم جَمَد به فتح میم و هم جَمْد به سکون میم ضبط شده و هردو به معنای الماء الجامد یعنی یخ و برف است.] در فصل تابستان در اختیار سلطان عراق است و وقتی کسی برای خریدن به او مراجعه می کند، او می گوید: این یک قالب یخ را در مقابلِ مثلاً یک گله اسب عتیق [اسبهای اصیل که پدر و مادر آنها عربی است در مقابل اسب برزون و ...] می دهم.

یا در برابر هزار گوسفند یا هزار اشرفی و ... می دهم، که هیچ انسان عاقلی صرفاً برای رفع عطش و خنک کردن جگر، راضی به پرداخت مبلغ مذکور نمی شود.

آری گاهی ممکن است برای عرض های مهمّ و اضطراری چنین کاری بکند، فی المثل برای هدیه کردن فلان شیئی گرانبها به فلان سلطانی که برعراق وارد شده و مهمان او گردیده، حاضر است آن را به مبلغ هنگفتی خریداری کند، یا برای مداوای بیماری که در شُرُف هلاکت است، حاضر است چند برابربدهد تا طبیب او را جرّاحی کند و ... که اینها موارد نادر است و چنین وجودی ملاك

نیست و موجود کذائی کالمعدوم است و مانع از قیمت نیست و معیار در تقویم مثل هم فرض چنین وجودی نیست بلکه فرض وجودی است که ولو فی غایة العزّه هست ولی معامله می شود و انسانها ولو با قدری کراهت آن را خریداری می کنند.

قوله: ثم انك:

مطلب چهارم در حاشیهٔ مبحث تعذّر المثل، راجع به مطالبهٔ مالک است: تردیدی نیست در اینکه حق مطالبه برای مالک محفوظ است ولی گاهی مثل موجود است و ضامن هم متمکن از خریدن و دفع آن به مالک است. در اینجا مطلقاً مالک حق مطالبه دارد، چه در بلد تلف عین و چه در بلد مطالبه، در بلد مطالبه هم چه قیمت مثل در آنجا بیشتر از قیمت مثل در بلد تلف باشد و چه مساوی باشند، در هر حال حقّ مطالبه دارد. [دلیل آن قبلاً در مسئله پنجم گفته آمد که: عموم الناس مسلطون و ... باشد.

ولی گاهی مثل متعذّر است و فرض بحث ما اینجا است، در اینجا هم گاهی قیمت جنس در بلد تلف با بلد مطالبه مساوی است و فرقی ندارند، باز حق مطالبه محفوظ است مطلقاً.

و گاهی قیمت ها مختلف و متفاوت است در اینجا وجوهی مطرح شده:

۱ـ مالک مخیّر است که قیمت بالاتر را اختیار کند: اگر قیمت بلد تلف بیشتر است همان را مطالبه کند و اگر قیمت بلد مطالبه بیشتر است این را بطلبد. [شاید دلیل آن اطلاقات ضمان و اطلاقات حق المطالبه باشد. و یا مسئله احتیاط و اشتغال ذمّه باشد که تا مختار مالک را ندهد فراغت یقینی معلوم نیست.]

۲ـ معیّناً حق دارد قیمت بلد مطالبه را بگیرد. [شاید به این دلیل که فعلاً در این شهر خواهان قیمت است و باید جنس را به قیمت این بازار معامله و قیمت گذاری کنند.]

۳ـ معیّناً حق دارد قیمت بلد تلف را مطالبه کند. [شاید به این دلیل که اصل در ضمان، ضمانِ بلد تلف است و از روز اوّل این به ذمّه آمده نه بلاد دیگر.]

قوله: وفصّل:

مرحوم شیخ طوسی در کتاب مبسوط در باب غصب تفصیلی داده و آن اینکه: گاهی مثل از اموالی است که نقل و انتقال آن از شهری به شهر دیگر نیازمند مؤنه و مخارج نیست، مانند درهم و دینار و در یک کلام: نقد رائج مملکت، در چنین فرضی مالک حق دارد در شهر دیگر مطالبه به مثل کند و از ضامن بخواهد که مثل دراهم و دنانیر تالف را به او بپردازد.

در این حکم فرقی نیست میان اینکه قیمت و ارزش نقدین در بلد تلف و بلد مطالبه برابر باشد یا مختلف و متفاوت باشد. [دلیل مطلب همان اطلاقات سلطنت ناس براموال و ... است.]

و گاهی مثل از اموالی است که نقل و انتقال آن به مخارجی از قبیل: کرایهٔ ماشین و ... نیازمند است. [مثل گندم و جو و ...] در اینجا هم اگر قیمت گندم در بلد تلف عین و بلد مطالبه یکی باشد باز مالک حقِّ مطالبه دارد و ضرری هم برضامن وارد نمی شود تا بگوئیم: به حکم لا ضرر چنین حقّی نیست.

ولی اگر قیمتها مختلف بود فتوی اینست که: یا قیمت بلد تلف را بگیرد و یا صبر کند تا از سفر برگشته و در بلد تلف، مثل را خریده تحویل مالک نماید. سپس فرموده: سخن در قرض هم مثل سخن در غصب است. [در باب قرض هم اگر مال مثلی را قرض کرد و مدّت قرض به سر آمد، و باید مثل بدهد چنانچه از قبیل درهم و دینار باشد حق مطالبه در همه جا محفوظ است و اگر از قبیل گندم و جو باشد و ... همان حرفها که در مغصوب گفتیم، الکلام الکلام.[1]

(۱) مبسوط، ج۳، ص۷۶.

وهمین فتوی از جناب قاضی ابن برّاج هم حکایت شده است.[۱]

قوله: فتدبّر:

شاید اشاره باشد به اینکه: کلاً تفصیل شیخ طوسی از مورد بحث ما اجنبی است چون بحث ما در فرض تعذّر مثل است و تفصیل شیخ مربوط به فرض تمکّن از مثل است. و شاید اشاره باشد به اینکه با فرض تفاوت قیمتها هم حق دارد قیمت بلد مطالبه را بخواهد و فتوی به صبر یا اخذ قیمت بلد تلف ناتمام است.

قوله: ویمکن:

اشکال به تشبیه شیخ طوسی است باب قرض را به باب غصب، شیخ اعظم می فرماید: ممکن است میان باب قرض و بیع سلم با باب غصب فرق بگذاریم: در باب قرض و سلم چون عقدی منعقد شده و از اوّل توافقی بوده ممکن است کسی بگوید: اطلاق عقد به همان بلد مال منصرف است و وقتی بدهکار می گوید: قبلت که یکسال دیگر گندم شما را بدهم یعنی به ارزش همین بلد قرض یا وقتی بایع می گوید: یکساله فلان متاع را پیش فروش کردم، بدان معنا است که سر سال خود آن متاع را بدهم و اگر نتوانستم قیمت را طبق معاملهٔ همان بلد سلم بدهم.

امّا در باب غصب که غاصب مالک توافقی نکرده اند، مشتری هم در بیع فاسد اگرچه توافق کرده بود ولی امضاء نشد و وجودش کالعدم است. و لذا چیزی که موجب انصراف به بلد غصب باشد وجود ندارد و به حکم اطلاقات ضمان در هرکجا حق مطالبه دارد چه قیمتها برابر باشند یا نه.

قوله: بقی الکلام:

مطلب پنجم: گاهی مثل متعذّر نیست بلکه موجود است و خیلی هم زیاد

---

(۱) المهذّب، ج۱، ص۴۴۳.

است ولی بگونه ای است کـه به کلّی از قـیـمت و مـالیّت افـتـاده و کـسی آن را خریداری نمی کند. مثلاً شما یک مشک آب کسی را در وسط بیابان گرم و سوزان تلف کردید و آنجا مشک آب ارزش داشت.

ولی حالا در کنار شط روان می خواهید مشک آبی بدهید که احدی این مشک آب را خریداری نمی کند یا در تابستان گرم قالب یخی را از کسی تلف کردید و حالا در اثناء زمستان سرد می خواهید تحویل دهید که فعلاً هیچکس یخ را نمی خرد و مجّانی هم از شما نمی گیرد.

اینها را صور سقوط مثل از ارزش می گوئیم، حال آیا فرض سقوط مثل از قیمت هم مثل فرض تعذّر مثل است و همان احکام را دارد یا خیر؟ اقوی بلکه متعیّن [اقوی در مقابل قوی است ولی متعیّن در مقابل باطل است یعنی معیّناً همین وجه صحیح است.] الحاق این فرض به صورت تعذّر مثل است.

و بعضی ها این وجه را به اصحاب [امامیّه] و غیر اصحاب [عامّه] نسبت داده اند. [دلیل مطلب: چون در فرض مذکور مماثلت در مالیّت نیست ولذا نوبت به قیمت می رسد.]

حالا که ملحق به صورت تعذّر شد و باید قیمت را بدهد، ملاك قیمت چه روزی است؟ علاّمه در تذکره[1] فخر الدین در ایضاح[2] و شهید اوّل در دروس[3] فرموده اند: باید قیمت مثل آن مشک آب را در همان بیابان بپردازد، یا قیمت مثل قالب یخ را در تابستان بپردازد، و آن ملاك است.

شیخ می فرماید: احتمال هم دارد بگوئیم: ملاك آخرین مکان یا زمانی است که پس از آن مثل از مالیّت سقوط کرده و از ارزش می افتد [مثلاً در مثال مشک

---

(۱) تذکرة الفقهاء، ج۲، ص۳۸۳.

(۲) ایضاح الفوائد، ج۲، ص۱۷۷.

(۳) دروس، ص۳۰۹.

آب ملاك آن نقطه ای است که به آب نزدیک شده و کم کم مشک آب ارزش خود را از دست می دهد و چند قدم بعد، دیگر کسی آب را خریداری نمی کند.

یا در مثال یخ، ملاك آن زمانی است که کم کم به اواخر پائیز و اوائل زمستان نزدیک شده و قالب یخ ارزش خود را از دست می دهد و به نازلترین قیمت معامله می شود. باید قیمت این زمان یا مکان را بدهد.

قوله: فرع:

مطلب ششم: اگر چنانچه مثل متعذّر شد و در فرض تعذّر، مالک مطالبهٔ مال نمود و یا طرفین توافق کردند که ضامن قیمت را بدهد و ضامن هم قیمت را پرداخت کرد، آنگاه پس از مدّتی مثل مجدّداً موجود شد و ضامن از پرداخت آن متمکن گردید آیا مالک حق دارد از نو اقامهٔ دعوا کرده و به ضامن بگوید: من که از شما قیمت را گرفتم از روی ناچاری بود، حالا که مثل پیدا شده بیا و این قیمت را از من بگیر و مثل مالم را خریداری کن و به من بده؟ یا چنین حقّی ندارد، ضامن دینش را ادا کرده و ملزم به پرداخت مثل نیست؟

مرحوم شیخ مطلب را براساس سه مبنا محاسبه می کنند:

الف: برمبنای مشهور که می گفتند: در مثلیّات مثل به ذمّه می آید و با تعذّر مثل هم ساقط نمی شود و کما کان مشغول الذمّة به مثل است تا وقت اداء و آن روز اگر مثل نبود باید قیمت مثل را محاسبه کرده و بپردازد. براین مبنا می فرمایند: مثل عود نمی کند و ضامن مشغول الذمّه به آن نمی شود و مالک هم حقّ الزام ندارد، و علاّمه ره[1] و متأخرین از ایشان هم همین نظر را دارند.

دلیل مطلب: مثل یک دَیْنی است به گردن ضامن و او مدیون به مثل است آنگاه اگر خود مثل را می داد قطعاً دین از گردن او ساقط می شد، حالا هم که قیمت مثل را که بدل و عوض مثل است داده آنهم با تراضی طرفین باز دین ساقط

(۱) قواعد الاحکام، ج۱، ص۲۰۴.

می شود وگرنه جمع میان بدل و مبدل یا عوض و معوّض است. و وقتی دَین ساقط شد و ذمّه ضامن آزاد شد، دوباره معنا ندارد که دَین زنده شود و برگردد، الساقط لا یعود، المیّت لا یحیی.

تنظیر: همانطور که اگر مثل موجود بود و در فرض تیسّر آن طرفین تراضی برقیمت می کردند و ضامن قیمت را می داد همه می گفتند: دَین از عهدهٔ او برداشته شد، هکذا در فرض تعذّر و مسئلهٔ ما که بیان شد.

۲ـ برمبنای جماعتی: عدّه ای از قبیل ابن ادریس و دیگران می گفتند: به مجرّد تعذّر مثل یصیر المثلی قیمیاً و انقلاب به قیمت مطرح می شود، و الکلام اینها دو احتمال داشت:

احتمال اوّل: بعد از تعذّر، خود عین مغصوب از مثلی بودن بدر آمده و قیمی می شود: براین مبنا هم حقّ اینست که پس از تمکّن از مثل، مثل عود نمی کند، چرا که براین مبنا خود قیمت به ذمّه آمده و خود ما فی الذمّه را ادا کرده نه بدل آن را پس به طریق اولی دین ساقط می شود.

۳ـ احتمال دوّم: با تعذّر مثل که به منزلهٔ تلفِ مثل است [مراد تعذّر عرفی است.] خود مثل قیمی می شود و باید قیت مثَل را بپردازد، آنگاه براین مبنا هم حق اینست که: مثل عود نمی کند به همان دلیل که: قیمت داده شده یا خود دَین و ما فی الذمّه است و یا بدل و عوضِ آن است که با تراضی داده شده و در هر حال وجهی برای عود نیست و ذمّه آزاد شد ودین ساقط گردید.

ولی احتمال هم دارد که در این فرض، پس از وجود مثل، مثل واجب شود، از این باب که: ضامن مشغول الذمّه به مثل شدو مثل دو جهت دارد: ۱ـ صفات و حقیقت ۲ـ مالیّت و ارزش، و قیمتی که ضامن داده در واقع بدل از مالیّتِ مثل است نه از خودِ آن پس با وجودِ مثل باید مثل بپردازد، و این را در اصطلاحِ بدل حیلوله گویند.

حیلولة که مصدر جعلیِ حالَ یحول حائلٌ است به معنای حائل شدن شخص میان مالک و مالش می باشد و بدل حیلولة یعنی عوضِ همین فاصله شدن، مانند اینکه زید انگشتر یا کتاب بکر را گرفته و آن را بدریا افکنده یا گم کرده و ... الآن زید حائل شده میان بکر و انگشتر یا کتاب و باید قیمت آن را بدهد تا فعلاً جنبهٔ مالیت جبران شد، ولی خصیصهٔ بدلی حیلوله آن است که موقّتی و مادامی است که خود مبدل پیدا نشود و به مجرّد دسترسی به مبدل وظیفه عود مُبدل است و ضامن پولش را می گیرد و خود عین را ردّ می کند.

در مورد بحث ما هم بگوئیم: قیمت، بدل حیلوله از مثل است و جنبهٔ مالیّت آن را تامین کرده و طبعاً موقتی است و وقتی که خود مثل یافت شد، همان را باید بپردازد و بدل از بدلیّت می افتد. حال این احتمال هم وجود دارد. پس مسئله روی مبانی محاسبه شد.

(امر هفتم)
(قیمیّات)

قوله: السابع:

امر هفتم و آخرین امر از اموریکه برمقبوض به عقد فاسد متفرّع شده راجع به ضمانِ قیمیّات است. قبل از هر چیز باید بدانیم که: از تعاریفی که سابقاً برای مثلی ذکر شد و طبعاً ضدّ آن برای قیمی مطرح می شد، معلوم گردید که تعریف جامعی نداریم. ولی در عین حال در کلمات بزرگان معیارها وضوابطی برای باز شناسیِ مثلی از قیمی ذکر شده که در این مقدّمه به دو ضابطه اشاره می کنیم:

۱ـ مرحوم شهیدی فرموده: مالیّتِ اشیاء مختلف است: گاهی مالیّت به اعتبار قدر جامع و صفات کلّی است بگونَه ایکه خصوصیّاتِ فردیّه وشخصیّه در آن دخیل نیست. مانند گندم و جو و سایر حبوبات و آب وَ... . اینها را مثلی گویند. و گاهی مالیّت و ارزش یک شیء به اعتبار خصوصیات فردیّهٔ آن است و کاری به جامع نداریم. مانند حیوانات، مرکبّات و... اینها را قیمی گویند.[1]

۲ـ مثلی آن اموالی را گویند که مماثلِ آنها و چیزی که از هرجهت شبیه آنها باشد، فراوان یافت می شود و غالب الوجود است و به سهولت می توان بدان

(۱) هدایة الطالب، ص۲۲۴.

دسترسی پیدا کرد، همانند حنطه، شعیر و ... ولی قیمی آن مالی است که یا اصلاً مماثل کذائی ندارد و یا اگر دارد اتّفاقی و تصادفی و نادر الوجود است ماند حیوانات که دو گوسفند از هرجهت مثل هم باشد نایاب یا کمیاب است و هکذا میوه ها که دو خربزۀ از هرجهت مثل هم مگر اتّفاقی پیدا شود و ...

حال اصل مسئله اینست: اگر مبیعی که مشتری به بیع فاسد از بایع قبض کرده و در دست او تلف شده از اجناس قیمی باشد [که مثل یا ندارد و یا بسیار کم دارد.] آیا وی ضامنِ به قیمت عین تالف است؟ یا مثل را هرچند کم است باید بپردازد؟

از مجموع صدر و ذیل کلام مرحوم شیخ سه نظریّه در این باره بدست می آید:

۱ ـ مشهور برآنند که: در مثلیّات مثل واجب بود، و در قیمیّات هم قیمت واجب است برای قول مشهور می توان سه دلیل اقامه کرد:

۱ ـ اجماع: بعضی ها مدّعی شده اند که: وجوب قیمت در قیمیّات اجماعی است.[1]

۲ـ اخبار پراکنده ای که در اموال قیمی وارد شده و برضمان به قیمت دلالت دارند.

[منظور روایاتی است که مرحوم سیّد[2] در حاشیه آورده، و ذیلاً برخی را می آوریم: روایت سکونی از امام صادق عليه السلام در رابطه باسفرۀ مطروحه در طریق:

قال عليه السلام انّ اميرالمؤمنين عليه السلام سُئل عن سفرة وجدت في الطريق مطروحة كثير لحمها و خبزها و جبنها و بيضها وفيها سكين، فقال

(۱) مفتاح الكرامة، ج۶، ص۲۴۳.
(۲) حاشية السيّد على المكاسب، ص۱۰۳.

أمیرالمؤمنین ﷺ: یقوّم ما فیها ثم یؤکل لانّه یفسد ولیس له بقاء فان جاء طالبها غرموا له الثمن، فقیل یا امیرالمؤمنین ﷺ لا یدری سفرة مسلم او سفرة مجوسیّ؟ فقال ﷺ هم فی سعة حتّی یعلموا.[۱]

مرسلهٔ صدوق ازامام صادق ﷺ: وان وجدت طعاماً في مفازة فقوّمه علی نفسک لصاحبه ثمّ کله فان جاء صاحبه فردّ علیه القیمة.]

و با وجود اینهمه روایات، نیازی به صحیحهٔ ابی ولّاد [مبسوطاً خواهد آمد.] نداریم و بدان استناد نمی کنیم تا کسی در این استدلال مناقشه کرده و بگوید:

شاید فراز اوّل آن دلیل برضمان به مِثل باشد نه قیمت، و مناقشه نماید. [مبسوطاً خواهد آمد.]

ونیز نیازی به روایت تقویم عبد هم نداریم که: دو نفر در عبدی شریک بودند و یکی سهم خود را آزاد کرد، آنگاه از آنجا که بقیّهٔ عبد هم در شُرف آزادی است و آزاد می شود و مالک بعض دیگر متضرّر می شود در اینجا آن نصف را قیمت گذاری کرده و از آزاد کنندهٔ عبد می گیریم و به شریک او می دهیم. که باز صحبت از مثل نکرده بلکه از ابتدا به سراغ تقویم نرفته، ولی ما به اینهم استناد نمی کنیم تا کسی اشکال کند و بگوید: این یک حکم تعبدّی است و مخصوص باب عتق عبد است که بناء اسلام برعتق و آزاد کردن است و جانب حریّت غلبه دارد و... از این بابتها صحبت از قیمت گذاری شده نه از مثل، و چنین چیزی قانونی نشده و ضابطهٔ کلّی نمی گردد.

[متن روایت: در این رابطه چندین روایت در مصباح الفقاهه[۲] آورده که به یکی اکتفا می کنیم:

---

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۷، ص۳۷۲، باب۲۳، حدیث اوّل.

(۲) مصباح الفقاهه، ج۳، ص۱۷۴ و۱۷۵، پاورقی کتاب.

عن سماعة، قال: سألته عن المملوك بين شركاء، فيعتق احدهم نصيبه فقال عليه السلام هذا فساد على اصحابه، يقوّم قيمة، ويضمن الذي اعتقه، لانّه افسده على صاحبه[1]]

ما نیازی به اینگونه روایات نداریم تا قابل مناقشه باشد، بلکه اخبار در رابطه با ضمان قیمت فراوان است که به برخی اشاره شد.

۳ـ سابقاً در بحث مثلی قبل از استدلال به آیهٔ اعتداء دانستی که: اطلاقات ادلّهٔ ضمان حمل بر متعارف و متفاهم عرفی می شود و سیرهٔ عقلاء بر این است که: در مثلیّات مثل می گیرند و در قیمیّات قیمت، پس به حکم سیرهٔ عقلائیّه در ما نحن حکم به ضمان قیمت می شود.

[البته سابقاً فرمودند: اطلاقات و سیره می گوید: چه در مثلی و چه قیمی مطلقاً مثل را باید گرفت و ضامن به مثل است ولی اینجا چیز دیگری می فرمایند. فتأمّل]

قوله: الاّ انّ المتيقّن:

مرحوم شیخ از هر سه دلیل مشهور جواب می دهند:

امّا دلیل سوّم یا سیرهٔ عقلاء: از آنجا که سیره عمل است و عمل مجمل است باید به قدر متیقّن از آن اکتفا شود و قدر متیقن از سیرهٔ عقلاء بر ضمان به قیمت و اخذ قیمت در قیمیّات، فرضی است که مثل [ولو نادراً واتّفاقاً] متعذّر و نایاب باشد، و گرنه با وجود مثل هم سیره بر اخذ قیمت باشد معلوم و محرز نیست.

و امّا دلیل دوّم یا اخبار کثیرة: بعید نیست کسی بگوید: این اطلاقاتی که هر کدام در مورد یک مال قیمیِ مخصوصی وارد شده [از قبیل صحیحهٔ ابی ولاّد در رابطه با بَغْل، روایت سماعة در رابطه با تقویم عبد، روایت سکونی در رابطه با سفرهٔ مطروحه و ...] همانند سیرهٔ مذکور به فرض تعذّر مثل حمل می شود و در

---

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۶، باب۱۸، من ابواب العتق، حدیث۵.

این صورت ضامن به قیمت است و گرنه با فرض تیسّر ضامن به مثل است. و منشأ این انصراف هم غلبه است یعنی از آنجا که غالباً در خارج قیمیّات مثل ندارند، و موارد مثل داشتن نادر است، این روایات نادر را کالمعدوم گرفته و بطور مطلق فرموده: قیمت را باید بدهد.

امّا اگر در موردی مثل یافت شد، روایات کاری به او ندارد وعلی القاعده باید مثل داده شود. [شگفتا از مرحوم شیخ که به انصراف بدوی که منشأش غلبة الوجود است اعتماد کرده و بدین وسیله از اطلاقات رفع ید کرده که بر خلاف مبنای اصولیِ قوم است.]

و امّا دلیلِ اوّل یا اجماع: پس از ردّ دو دلیل قبل می فرماید: یگانه دلیلی که بتواند به درد مشهور بخورد و ثابت کند که در قیمیّات حتی با فرض میسور بودنِ مثل هم باز ضامن به قیمت است، اجماع می باشد. [در این وسط دو مثال برای میسور بودنِ مثل می آورند که قبلاً هم در مثلیّات در اعتراض به استدلال آیهٔ اعتداء آوردند: یکی مثال عبدی که زید از بکر خریده و به ذمّهٔ او طلبکار است و متقابلاً عبدی با همان اوصاف را از بکر تلف کرده... . و یکی مثال یک متر از صد متر کرباسی که کمّاً و کیفاً تمام آن یکسان بافته شده تلف کند... که مثل دارد و آن۹۹ متر دیگر است.]

ولی اجماع هم دردی را دوا نمی کند، زیرا **اوّلاً** اصل تحقّق اجماع مسلّم نیست چون در مسئله مخالف هم داریم که در ادامه خواهد آمد.

ثانیاً بر فرض تحقّق اجماع، یک اجماع تعبّدیِ شرعیِ کاشف از رأی معصوم نیست بلکه از بناء عقلاء سرچشمه می گیرد و فقهاء به عنوان اینکه از عقلاء هستند چنین حکمی کرده اند و جوابش قبلاً گذشت.

و **ثالثاً** بر فرض وجود چنین اجماعی می گوئیم: اجماع نیز یکدلیل لبّی است و باید به قدر متیقن آن اکتفا شود، و قدر متیقن از اجماع بر قیمت، موردی است

که مثل متعذّر باشد و امّا آنجا راهم که مثل مِن جمیع الجهات موجود است، شامل شود جای تأمّل و درنگ دارد و معلوم نیست. پس از اجماع هم طرفی نیستند.

قوله: خصوصاً:

بویژه اینکه با در نظر گرفتن استدلال مشهور به آیهٔ اعتداء به بیان شیخ طوسی که مثل در مثلیّات مماثلِ شیئی است و در قیمیات قیمت آن است، اشکال ما به مشهور تأیید و تقویت می شود، چرا که شیخ طوسی و غیره قیمت را در قیمیات مماثل تالف دانستند به مناط اینست که: چون در فرض تعذر مثل، قیمت اقرب الی التالف است لذا سخن از قیمت گفتند.

و واضح است که با فرض تیسّر مثل نوبت به قیمت نمی رسد. پس مشهور بقول مطلق گفتند: در قیمیات قیمت، ولی شیخ اعظم تفصیل داد و فرمود دلائل شما تنها فرض تعذّر مثل را می گیرد و به درد تیسّر مثل نمی خورد.

۲ـ گروهی از فقهاء از قبیل: ابن جنید اسکافی[۱] و شیخ طوسی در خلاف[۲] و محقق اوّل در شرائع[۳] در کتاب القرض با رأی مشهور مخالفت کرده و مدّعی شده اند: در قیمیّات هم شخص، ضامن به مثل است.

مرحوم شیخ می فرماید: منظور حضرات چیست؟ اگر مرادشان اینست که: در قیمیات هم مثل مثلیّات مطلقاً ضمان به مثل مطرح است چه مثلِ آن میسّر باشد و چه متعذّر باشد و در نتیجه قیمت بدل مثل است نه خود ما فی الذمّه، و بالاخره روزی هم که قیمت را می دهد باید قیمت همان روز را محاسبه کنند [آنگونه که در مثلیّات بر مبنای مشهور بیان شد.]

---

(۱) به نقل شهید در غایة المراد، ص۱۳۶.

(۲) خلاف، ج۳، ص۱۷۵.

(۳) شرائع الاسلام، ج۲، ص۶۸.

می گوئیم: این مطلب برخلاف اطلاقات فراوانی است که دالّ بر وجوب قیمت در قیمیات اند از قبیل: صحیحهٔ ابی ولاّد که می گوید: قیمة بغل یوم خالفته... و خواهد آمد.

و روایت عبد شراکتی که فرمود: قوّم علیه... و روایت رهن که اگر مرتهن کوتاهی کرد و عین مرهونه تلف شد.

امام علیه السلام نفرموده: باید مثل آن را بدهد و مشغول الذمه به مثل است بلکه فرمود: آن بخش تالف از مال رهن را قیمت می کنند و به همان نسبت از طلب او از راهن کم می شود. و اگر ضمان به مثل بود که سخن از سقوط دین و... نبود.

[متن روایت:

موثّقهٔ ابن بکیر: قال: سئلت اباعبدالله علیه السلام عن الرهن؟ فقال: ان کان اکثر من مال المرتهن فهلك ان یؤدی الفضل الی صاحب الرهن وان کان اقل من ماله فهلك الرهن ادی الیه صاحبه فضل ماله وان کان الرهن سواء فلیس علیه شيء.[1]]

و مانند اینها از روایات متفرّقه [نظیر روایت سفرهٔ مطروحه که قبلاً ذکر شد.] تمام اینها بطور مطلق سخن از ضمان قیمت دارند نه مثل.

[نکته: مرحوم شیخ اوّل فرمود: ما نیازی به استدلال به صحیحهٔ ابی ولاّد و روایت تقویم عبد نداریم ولی چند سطر بعد به اینها استناد کرد و اینها را دلیل قرار داد.]

و اگر مراد این جماعت آنست که: در قیمیات هم در فرض میسور بودنِ مثل جای قیمت نیست بلکه مثل را باید بدهد، ما نیز قبول داریم و حرف بعیدی نیست و دو دلیل هم برای آن دست و پا می کنیم: یکی آیهٔ اعتداء [طبق تفسیر خود مرحوم شیخ که قبلاً احتمال چهارم را اختیار کردند که: در همه جا اعتداء به مثل

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۳، باب۷، من ابواب الرهن، حدیث سوّم.

مطرح است در مثلی هم مثل، در قیمی هم مثل] و یک دلیل لاضرر که با وجود، مثل بگوئیم: مالک ملزم به قبول قیمت است نوعی ضرر بر مالک است از این حیث که گاهی خود عین خارجی مطلوب عقلاء است و قیمت را نمی خواهند ولاضرر این را برمی دارد، پس حقّ دارد مطالبه به مثل نماید و ملزم به قبول قیمت نیست.

۳ـاز محاسباتی که مرحوم شیخ در رابطه با دو قول قبلی داشتند می توانیم رأی ایشان را حدس بزنیم که: قول به تفصیل باشد. اگر در قیمیات مثل [هر چند کم] یافت می شود ضامن به مثل است. و اگر مثل متعذّر بود، ضامن به قیمت است.

قوله: اللّهم الاّ:

امّا تفصیل شیخ هم ایراد دارد و احداث قول ثالث و برخلاف اجماع مرکب است زیرا مشهور فرمودند: در قیمیات مطلقاً باید قیمت را بدهد و فرقی میان صورت تعذّر مثل یا تیسّر آن نگذاشتند. و گروهی هم که ظاهر کلامشان اطلاق داشت [گرچه ما مراد آنها را تشقیق و تفسیر کردیم] می گفتند: در قیمی هم ضمان به مثل است و فرقی میان فرض تعذّر و تیسّر نمی گذاشتند. آنگاه تفصیل و فرق گذاری بینهما که ما در صدد آنیم مخالف اجماع مرکّب بوده و مردود است. [حقّ با مشهور است و دلیل دوّم آنها که اطلاقات و اخبار کثیره بود تامّ است و اشکال مرحوم شیخ به اینکه اینها انصراف دارند... وارد نیست، پس در قیمیات مطلقاً ضمان به قیمت است چه مثل یافت بشود و چه یافت نشود.]

قوله: ثمّ انّهم:

بالاخره اصل اینکه در قیمیّات باید قیمت پرداخت شود، مسلّم شد [یا مطلقاً و یا در فرض تعذّر مثل] و لکن قیمت بازار که ثابت نیست، ای چه بسا هر روز متحوّل و متکامل یا متنازل باشد، روزی که مال را گرفت و ضامن شد قیمت بازار

مثلاً ۱۰۰ درهم بود، سپس روزی که در دست او تلف شد ۲۰۰ درهم بود، و روزی که می خواهد از عهده برآید ۵۰۰ درهم شده و ... حال ضامن، قیمت چه روزی را باید بدهد؟ معیار چیست؟ شش احتمال متصوّر است:

۱ـ قیمت یوم الضمان را بدهد، و یوم الضمان در مغصوب یوم الغصب است و در بیع فاسد یوم القبض او الاخذ است.

۲ـ قیمت یوم التلف را بدهد.

۳ـ قیمت یوم الاداء والدفع وتفریغ الذمّه را بپردازد.

۴ـ اعلی القیم از یوم الضمان تا یوم التلف را ضامن است.

۵ـ اعلی القیم از یوم التلف تا یوم الاداء را ضامن است.

۶ـ اعلی القیم از یوم الضمان تا یوم الاداء را ضامن است.

امّا کلمات فقهاء در این باب مختلف و متفاوت است:

نظریهٔ اوّل: آنچه از شیخ طوسی[۱] و شیخ مفید[۲] و پیروان آندو نقل شده آنست که: معیّناً باید قیمت یوم التلف را بدهد، نه تخییر و نه تعیین یوم دیگر و نه اعلی القیم.

و مرحوم شهید اوّل در دروس[۳] و شهید ثانی در شرح لمعه[۴] این نظریّه را به اکثر نسبت داده و فرموده اند: اکثر فقهاء چنین عقیده دارند.

دلیل این گروه طبق آنچه عدّه ای و از جملهٔ آنها علاّمه در تحریر[۵] فرموده اند، آنست که: تا وقتی که عین مال تلف نشده بود و در اختیار مشتری بود وظیفه داشت خود عین را ردّ کند و ضامن به خود عین بود نه بدل، کدام

---

(۱) غاية المراد، ص۸۶.

(۲) آدرس قبلی.

(۳) دروس، ص۳۱۰.

(۴) شرح لمعه، ج۷، ص۴۱.

(۵) تحریر الاحکام، ج۲، ص۱۳۹.

روز مسئلهٔ قیمت مطرح شد و ضمان منتقل به قیمت شد؟ روز تلف عین، پس یوم التلف یوم انتقال ضمان و ذمّه به قیمت است، پس باید قیمت آن روز را بپردازد.

قوله: وربّما یورد:

بر استدلال مذکور اشکالی وارد شده که: ما نیز قبول داریم که روز تلف روز انتقال به قیمت است امّا انتقال به قیمت چه روزی؟ انتقال به کدام قیمت؟ آیا به قیمت خود همان یوم التلف؟ یا به قیمت ایّام دیگر که در احتمالات ذکر شد؟ این بخش را دلیل شما مجمل گذاشت و گذشت و تبیین نکرد.

و به عبارت دیگر: ما یک انتقال داریم و یک منتقل الیه، یوم التلف یوم انتقال است ولی منتقل الیه چیست؟ آن روز به چه چیز منتقل شد؟ به قیمت کدام روز؟ پس دلیل شما ناقص و غیر وافی به مراد است.

قوله: ویدفع:

مرحوم شیخ اشکال مذکور را دفع کرده و یک تحلیلی کوتاهی از حقیقت ضمان بیان می نمایند: [که مبسوط آن در اوّل مسئله مقبوض به عقد فاسد در بیان قاعدهٔ کلّ عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده ذکر شد.]

اینکه می گوئیم: غاصب وقتی مال غصبی را گرفت ضامن می شود، یا مشتری از وقتی مبیع به بیع فاسد را گرفت ضامن شد و ... منظور از ضمان چیست؟ منظور به عهده آمدن است یعنی آن مال به ذمّه و عهدهٔ ضامن آمد و بابت آن مشغول الذمّه شد. و معنای به عهده آمدن و اشتغال ذمّه آنست که باید به نوعی از عهده برآید و اگر چنانچه مال مذکور تلف شد حتماً باید عوض و بدل آن را به مالک اصلی بپردازد، آنهم به گونه ای که جای خالی عین را پرکند بطوری که گویا اصلاً مال تلف نشده، و جبران کذائی به آنست که همان آن تلف بلافاصله مالی معادل با مال تلف شده را بپردازد یا به ذمّه اش بیاید، بگونه ای که کاملاً سدّ مسدّ

کرده و قائم مقام شود و جای خالیِ آن را پرکند، و آن مال معادلِ کذائی چیزی جز قیمت یوم التلف نیست. پس قیمتِ همان روز متعیّن است.

قوله: وممّا ذكرنا:

از تحلیلی که داشتیم به یک اصل کلّی و قاعدهٔ اولیّه در باب ضمانات می‌رسیم و آن اینکه: در کلیّهٔ موارد ضمان در فقه [باب غصب، بیع فاسد، امانتهای تفریط شده، مقبوض بالسوم و ...] اصل اوّلی ضمان به قیمت یوم التلف است.

آنگاه اگر چنانچه در خصوص باب غصب حکم دیگری صادر کرده و ملاك را یوم الغصب یا اعلی القیم دانستیم [کما سیأتی مفصّلاً] نه یوم التلف، می‌گوئیم: باب غصب دلیل خاص دارد [صحیحهٔ ابی ولاّد] و به دلیل خاص از قاعدهٔ مذکور خارج شده است و حکم آن برخلاف اصل و به اقتضای دلیل خاص است.

قوله: نعم:

ابن ادریس حلّی در بابِ بیع فاسد سخنی داشت که در اوائل مسئله مقبوض به عقد فاسد آوردیم، و آن اینکه: وی ادّعای اجماع کرد بر اینکه: بیع فاسد از هر جهت حکم غصب را دارد و مبیع کذائی مثل مغصوب می‌ماند، مگر در یک حکم که مسئله اثم و معصیت باشد. یعنی از نظر حکم تکلیفی با یکدیگر فرق دارند، غاصب آثم و مستحق عقوبت است و مشتری در بیع فاسد چنین نیست و اثم از او مرتفع است.

امّا از لحاظ احکام و آثار وضعیّه همانندند، یعنی هر حکمی غصب داشت بیع فاسد هم دارد، حال طبق این ادّعا کسی می‌تواند بیع فاسد را هم به باب غصب ملحق کرده و اگر در باب غصب حکمی برخلاف قاعده بود اینجا هم بیاورد. و نتیجه آن است که دو مورد از تحت اصل اوّلی خارج می‌شود:

۱ـ باب غصب،

۲ـ باب بیع فاسد، و هر دو حکمشان خلاف اصل است، هر کدام به دلیلی: باب غصب به حکم صحیحهٔ ابی ولّاد، و باب بیع فاسد به حکم اجماع.

قوله: بل یمکن:

در این فراز قدم را فراتر گذاشته و می فرمایند: قطع نظر از ادّعای اجماع مذکور و صحت و سقم آن، ممکن است قاعدهٔ ثانویه ای از اخبار و ادلّه استفاده کنیم که برخلاف قاعدهٔ اولیّه باشد و در باب غصب و غیره از آن استفاده کنیم و بگوئیم: همه جا حکم ضمان به یوم الضمان است نه یوم التلف و این مطلب را به دو دلیل ثابت کنیم:

۱ـ مطلقاتی داریم در باب ضمانات که به نحو اطلاق حکم به ضمان کرده و تعیین نکرده که قیمت چه روزی ملاك است. و مقیّد یا مقیّداتی داریم از قبیل صحیحهٔ ابی ولّاد که قیمت یوم الغصب را مطرح و معیّن کرده و فرموده: قیمة بغلٍ یوم خالفته، آنگاه این مقیّد کاشف از این باشد که از مطلقات هم همین مقیّد اراده شده، روی قانون جمع بین مطلق و مقیّد.

۲ـ می دانیم که قیمت علی الدوام متحوّل است و ای چه بسا تا روز تلف خیلی ترقّی کند.

حال با اینکه احتمال مذکور وجود دارد معذلک صحیحه در مورد غاصب حکم به ضمان یوم الغصب کرده و به زیاده های فرضی اعتنا نکرده و آنها را واجب التدارك ندانسته، اگر در باب غصب چنین بود پس در باب بیع فاسد و مانند آن به طریق اولی ضمان به یوم القبض خواهد بود و زیاده های قیمت را پس از آن روز ضامن نیست، و گرنه لازم می آید: غاصب اَحْسَنُ حالاً باشد و غیر غاصب اسوءُ حالاً باشد که قابل قبول نیست.

پس قاعدهٔ ثانویه ضمان به یوم الاخذ شد.

قوله: نعم لو فرض:

صحیحه فرازهای متعدد و مفادهای متفاوتی دارد [کما سیأتی] تا به حال بر این اساس بحث کردیم که مستفاد از صحیحه عبارت باشد از ضمان غاصب به قیمت یوم الغصب، و تأسیس اصل ثانوی کرده و بقیّه را به آن ملحق ساختیم.

ولی حالا بر اساس دیگری بحث می کنیم: اگر مستفاد از صحیحه این باشد که غاصب به اعلی القیم ضامن است والغاصب یؤخذ باشقّ الاحوال، خواهیم گفت: این حکمی است مخصوص غاصب که متعدّی و متجاوز است و باید بر او سخت گرفت تا سر جایش بنشیند. و به سایر ابواب ضمانات تعدّی نمی کند، در نتیجه در مثل ما نحن فیه یعنی بیع فاسد به مقتضای قاعدهٔ اولیّه یعنی ضمان یوم التلف عمل می شود.

قوله: فالمهمّ:

حال که مقتضیات اصل اوّلی و ثانوی متفاوت شد، مفاد صحیحه هم متفاوت است و حکم سایر ضمانات هم مبتنی بر استفادهٔ حکم غصب شد و عمده دلیل در باب غصب هم صحیحهٔ ابی ولاّد است. پس برای ما مهمّ است که اوّل صحیحه را ذکر کنیم سپس در اطراف آن بحث کنیم تا اگر حکم جداگانه ای داشت بیع فاسد را هم به آن ملحق کنیم. یا بر مبنای ابن ادریس که ادّعای اجماع بر یگانگی و وحدت دو باب داشت و یا بر مبنای ما که گفتیم: صحیحه قانون جدید عرضه می کند و کاشف از آنست که: معیار در همهٔ مضمونات یوم الضمان است.

[۲ـ همینجا به نظریه دوّم اشاره ای بکنیم: یکی از اقوال در بیع فاسد هم ضمان به یوم الاخذ است.] و چون صحیحه مشتمل بر احکام و فوائد فراوانی است جا دارد که تمام آن رابیاوریم، اگر چه محلّ شاهد ما بعض از فرازهای آن است.

امّا صحیحه: شیخ طوسی ره در روایت صحیح از ابی ولاّد چنین نقل

کرده[1] : او گفت: قاطری را کرایه کردم تا با آن به قصر بنی هبیره بروم و برگردم، در مقابل فلان مبلغ به صاحب قاطر بدهم، و با قاطر در جستجوی بدهکارم از محلّ خارج شدم، هنگامی که به نزدیک پل کوفه رسیدم، با خبر شدم که صاحب من [بدهکار] به سمت نیل [قریه ای در اطراف کوفه یا شهری میان کوفه و بغداد.] رفته، بدانسوی روانه شدم، و هنگامی که به نیل رسیدم با خبر شدم که وی به سمت بغداد رفته، منهم دنبال او رفته و او را یافتم و مطالباتی که با او داشتم محاسبه کرده و انجام دادم و به کوفه بازگشتم و مجموع رفت و برگشتم پانزده روز به طول انجامید، وقتی به نزد صاحب قاطر رفتم عذر خود را گفتم و خواستم از او حلالیت طلبیده و او را با پرداخت مبلغی از خود راضی کنم بدین منظور پانزده درهم به او دادم ولی او از پذیرفتن این مبلغ امتناع کرد و با هم توافق کردیم که نزد ابوحنیفه رفته و فتوای او را عمل کنیم، بدنبال توافق مذکور با همدیگر نزد ابوحنیفه رفته و من قصّه را برای ابوحنیفه تعریف کردم.

صاحب قاطر هم قصّه را بازگو کرد.

ابوحنیفه از من پرسید: با قاطر چه کردی؟

گفتم: آن را سالم به مالکش برگرداندم، آن مرد بلافاصله گفت: آری به من برگرداند.

امّا پس از پانزده روز.

ابوحنیفه گفت: حال از این مرد که قاطر تو را غصب کرده چه می خواهی؟

گفت: کرایهٔ قاطرم را که پانزده روز مرا از استفاده از آن محروم ساخته.

ابوحنیفه گفت: من حقّی برای تو نمی بینم و به نظر من تو حق نداری کرایه از او مطالبه کنی، زیرا وی قاطر تو را کرایه کرده تا به قصر بنی هبیره برود، ولی از آنجا مخالفت کرده و به نیل و سپس به بغداد رفته، و در تمام طول مدّت غصب

(۱) التهذیب، ج۷، ص۲۱۵ و۲۱۶، حدیث۲۵، باب الاجارات.

اگر قاطر تو تلف می شد او ضامن بود، و در مقابل کرایه هم ساقط است. و حال که حیوان تو را سالم به تو برگردانده کرایه ای بر عهدهٔ او نیست. [الخراج بالضمان]

راوی می گوید: ما دو نفر از پیش ابوحنیفه رفتیم در حالی که رفیق من [صاحب قاطر] استرجاع می کرد [و می گفت انّالله وانّا الیه راجعون] من دلم به حال او سوخت، مبلغی به او داده و وی را راضی ساخته و از او حلالیّت طلبیده.

همان سال به حج مشرف شدم، در موسم حج به محضر امام صادق علیه السلام شرفیاب شدم و جریان فتوای ابوحنیفه را به امام علیه السلام عرضکردم.

امام علیه السلام فرمود: این قضاوت و امثال آن است که [اثر وضعی دارد] و موجب می شود تا آسمان باران رحمتش را دریغ کند، و زمین برکات و نعمتهایش را بیرون نیاورد، و آنها را در دل خود زندانی کند.

به امام علیه السلام عرضکردم: نظر مبارك شما چیست؟

حضرت فرمود: به نظر من باید اجرة المثل آن قاطر را به مالکش بپردازی، اجرة المثل رفتن از کوفه تا نیل، از نیل تا بغداد، و اجرة المثل از بغداد تا کوفه [چون کرایه ها مختلف بوده لذا هر کدام را جداگانه آورده]

عرضکردم: من در آن مدّت چندین درهم بابتِ علوفهٔ حیوان پرداخته ام، آیا حق دارم عوض علوفه ها را از مالک بگیرم؟ حضرت فرمود: خیر، زیرا تو غاصبی [پس حق نداری، این قسمت با الغاصب یؤخذ باشقّ الاحوال می سازد.]

عرضکردم: اگر حیوان در آن مدّت هلاك می شد [در اثر سقوط کردن] یا هلاك می شد [در اثر مرگ طبیعی و موت حتف انف] آیا من ضامن بودم؟ و چیزی بر گردنم ثابت می شد؟

حضرت فرمود: آری قیمت قاطر را در روزی که مخالفت کردی و غاصب شدی. [این فراز هم محّل شاهد است که مبسوطاً خواهد آمد.]

عرضکردم: اگر بر قاطر جراحتی وارد می شد یا شکستگی و لنگش پیدا می کرد، یا زخمی بر پشت مرکب پدید می آمد کی ضامن بود؟ حضرت فرمود: تفاوت ما بین صحیح و معیب را تو باید به مالک می دادي آن روزی که قاطر را بر او ردّ کردی [این فراز هم محلّ بحث است.]

عرضکردم: چه کسی باید این تفاوت قیمت را بشناسد؟

حضرت فرمود: خود تو و صاحب حیوان، به این صورت که اگر اختلاف کردید یا باید او قسم بخور و تو ملزم به پرداخت ما به التفاوت بشوی و یا اگر ردّ یمین به تو کرد و گفت: تو قسم بخور، و قسم خوردی او باید بپذیرد، و یا صاحب حیوان چند شاهد بیاورد مبنی بر اینکه: قیمت حیوان روز اوّل کرایه، فلان مبلغ بود و الان کم شده باز تو ملزم به پرداخت می شوی.

عرضکردم: حالا کار از کار گذشته و من چند درهم به او داده و او را راضی کرده ام و قضیه خاتمه یافته،

امام علیه السلام فرمود: آری او راضی شده امّا از روی ناچاری یعنی وقتی فتوای جائرانه و ظالمانۀ ابوحنیفه را دیده به این عمل تو راضی شده، ولی از عهدۀ تو برداشته نشده، هنگامی که از حج برگشتی فتوای مرا برای او بازگو کن، اگر پس از آگاهی از حکم شرعی تو را حلال کرد بحثی نیست و گرنه تو مشغول الذمّه هستی.

قوله: الخبر...

یعنی حدیث مذکور دنباله ای هم دارد که چون محلّ شاهد نبوده نیاوردیم.

[به قول مرحوم شهیدی: دنباله حدیث اینست:

قال ابو ولاّد: فلمّا انصرفت من حجّتی ذلك لقیت المکاری فاخبرته بما افتی به ابو عبدالله علیه السلام وقلت له: قل ما شئتَ حتّی اعصیکه؟ فقال: قد حبّبت الیّ جعفر بن محمد علیه السلام ووقع له فی قلبی التفضیل وانت فی حلٍّ

وان احببت ان اردّ علیك الذّی اخذته منك؟ فقلت: لا.

سپس مرحوم شهیدی فرموده: وفیه اشعارٌ باستبصار المکاری[1]]

قوله: ومحلّ الاستشهاد:

سه فراز از حدیث مذکور مورد استشهاد است،

ولی مرحوم شیخ دو فراز آن را قبول دارند و قابل استدلال می دانند، لذا از ابتدا به صورت تثنیه می فرمایند: **ومحلّ الاستشهاد فیه فقرتان.**

حال هر سه را مطرح می کنیم:

فراز اوّل: وقتی راوی جریان را به عرض امام رساند، حضرت فرمودند: تو ضامنی، و وقتی از امام پرسید: پس علوفه ای که داده ام چه می شود؟ فرمودند: مالک بدهکار نیست و حق مراجعه و مطالبه نداری، چون تو غاصب هستی.

و وقتی پرسید: مگر نه اینست که: اگر قاطر هلاك می شد من ضامن بودم؟ امام فرمودند: «نعم قیمة بغل یوم خالفته» محلّ شاهد همین جمله است.

در این جمله مرحوم شیخ سه احتمال ذکر می کنند:

۱ـ عبارت به صورت اضافه باشد، یعنی کلمهٔ قیمت به کلمهٔ بغل و کلمهٔ بغل به کلمهٔ یوم اضافه شده: «قیمةُ بَغْلِ یومٍ» و بر حسب قواعد هر مضافٌ الیه ای قید مضاف خود است، پس بغل قید قیمة است و یوم قید بغل است، ولی از آنجا که قید بغل بودنِ آن معنا و مفهومی ندارد و قاطر یوم المخالفة مفید معنی نیست، پس قید قیمة و متعلق به او می باشد [نظیر ضَرْبُ زیدِ یوم الجمعة که زید یوم الجمعه لغو است و لذا یوم قید ضرب است یعنی زدن روز جمعهٔ زید.]

آنگاه معنای کلام یا این است که: قیمت یوم المخالفة قاطر را ضامنی [پس در کلام قلب بکار رفته] و یا اینست که: قیمت قاطرِ یوم المخالفة را ضامنی.

سئوال: مگر چند قاطر وجود دارد که مقید به یوم الجمعه شده؟

---

(۱) هدایة الطالب، ص۲۳۷.

جواب: یک قاطر است ولی چون زمانها و مکانها در قیمت آن دخیل اند و به اصطلاح: مفرّقات هستند، از این جهت می گوئیم: قیمت قاطر آن روز نه قاطر روزهای دیگر، که قاطر همان قاطر است ولی به لحاظ تفاوت قیمتها بر حسب از منه و امکنه قاطر این روز و آن روز مطرح می شود. و یا اصلاً قلبی هم مطرح نیست و وقتی یوم قید قیمت شد در معنی کردن باید جلوتر ذکر شود و همانطوری که مرحوم شیخ فرموده: یعنی قیمةُ یوم المخالفة للبغل.

طبق این احتمال از این فراز به وضوح استفاده می شود که: در باب غصب، ملاك قیمتِ یوم المخالفة یعنی یوم الغصب است نه یوم التلف. [به این احتمال یک اشکال ادبی شده که: یوم ظرف است و باید به فعل یا شبه فعل تعلّق بگیرد، در حالی که در این احتمال به کلمهٔ قیمت تعلق گرفته که از اسماء جامده است. و لکن جواب داده شد:

انّها وان لم تکن معنی حدثیّاً ولکن فیها شائبة الحدثّیة، لانّها لیست من الجوامد المحضه حتی لا یصح تعلّق الظرف بها[1]]

قوله: فیکون:

به فرمودهٔ مرحوم شهیدی[2]: طبق نسخهٔ وافی و حدائق، کلمهٔ بغل با الف و لام است ای قیمة البغل یومَ... .

بنابراین که مشکلی نیست و منظور قیمت همان قاطر معیّن است و صحبت از مثل اصلاً مطرح نیست. ولی طبق نقل مرحوم شیخ که بدون الف و لام مطرح کرده می فرماید: طبق تفسیر ما در واقع کلمهٔ بغل معرفه است منتها در اثر اضافهٔ آن به ما بعد الف و لام حذف شده [زیرا از لحاظ قواعد نحوی اسم معرّف به لام به ما بعدش اضافه نمی شود.] و منظور قیمت روز مخالفت یا یوم الغصب همان

---

(۱) مصباح الفقاهة، ج۲، ص۱۸۱.
(۲) هدایة الطالب، ص۲۳۷.

قاطر است.

و بنابراین نوبت نمی رسد بـه اینکه کسی [مثل ابن جنیـد و محقّق و ... که قبلاً اشاره شد] بگوید: کلمـه بغل نکره است و قیمت بغل یعنی قیمت یک قـاطری از قاطرها [مثل قیمت یک فـرش از فرشهـا] و در نتیجه مـراد قیمت قـاطری است که مثل آن قاطر باشد.

بالاخره نـتیجـه نهائی اینکه: در قیمیات هم اصل اوّلـی ضمان به مثل است و قیمتی کـه می دهد در واقع قیمت مثل آن قـاطر است و عـوض از عوض واقعی و بدل البـدل است ... خیر اصلاً جـای این حرفـهـا نیست. و از اوّل به سـراغ قیـمت رفته و اصل در قیمیات ضمان به قیمت است.

۲ـ عبارت به صورت منقطع از اضافـه باشد: ای قیمةُ بغلٍ یومَ خالفته، و باز هم کلمـهٔ یوم قیـد قیمت باشد ولی نه خـود قیـمت بلکه قیـد اختـصاصی باشـد که از اضافهٔ قیمت به بغل حاصل می شود.

بیـان ذلک: بی شک کلمهٔ قیمت بـه بغل اضافـه شده، و اضـافه یا به تقـدیر لام است و یا من و یا فی و ... و اینجـا به تقـدیر لام است ای قیـمـةُ للبـغل، و لام برای اختـصـاص است ای القیـمـة المختـصّة لـلبـغل یومَ خـالـفته، و یوم مـتـعلّق به آن اختـصـاص یا مـخـتـصّه است یعنی قـیـمـتی را کـه مـخـتـصّ به بغل است ضـامن می باشی، و این اخـتـصـاص در روز مـخـالـفت و غـصـب است یعنی قـیـمت مخصوصِ آن روز نه روز تلف و ادا و مانند آن.

طبق این احتمال هم فراز مذکور دلیل بر ضمان به یوم الغـصب است. [اگر همان سخن را مطرح کنید که بغلٍ نکره است ... خواهیم گفت.

اوّلاً چه مانعی دارد تنوین عوض از مضاف الیه محذوف باشد ای بغله؟

ثانیاً بنابر بعض نُسخ قیمة البغل با ألف و لام آمده.

و ثالثاً به صورت نکره هم باشد مـجموع کلام که قیمت مـخصوص به قاطری

در روز مخالفت باشد، می رساند که مراد قیمت همان قاطرِ مورد کرایه است نه مثل آن .]

[اشکالی که به این احتمال شده آنست که : متعلق یوم باید فعل یا شبه آن باشد و چیزی باشد که قابل تقیید است، و اختصاص که مفاد لام است یک معنای حرفی است و از نظر مشهور قابل تقیید نیست، پس چگونه متعلّق واقع شده؟

ولی جوابش اینست که : بجای لام خود اختصاص یا مختصه را می آوریم که شبه الفعل هستند، مضافاً به اینکه طبق مسلک متأخرین حروف هم معنای کلی دارند و وضع و موضوع له شان عام است و قابل تقیید هستند .]

۳ـ عبارت به صورت منقطع باشد و کلمهٔ یوم قید و ظرف قیمت نباشد بلکه ظرف برای نعم و متعلّق به نعم باشد .

[اگر بگوئید : متعلق ظرف باید فعل یا شبه فعل باشد و نَعَمْ حرف ایجاب است که شش تا هستند : اجل، نعم، ای، انّ، جیر، بلی، و چگونه ظرف به او متعلّق شده؟

در جواب می گوئیم : این نعم قائم مقام فعل است و آن فعل یلزمک ویثبت علیک ویجب علیک است که به قرینه سئوال سائل مشخص می شود، و یا پس از نعم فعل مذکور مقدّر است و به هر حال متعلّقِ واقعی همان یلزمک است که فعل می باشد .]

و معنای عبارت اینست که : از روزی که مخالفت کردی و غصب مرتکب شدی، همان روز قیمت قاطر را ضامن شدی . و کلمهٔ یوم المخالفة بدنبال یلزمک معنا می شود ای یلزمک یوم المخالفة قیمة بغلٍ او البغل، یعنی آن روز وجوب قیمت و ثبوت و لزوم آن در ذمّه آمد . [باز هم فرازِ مذکور دلیل بر ضمان به قیمت یوم المخالفة است .]

ولی مرحوم شیخ می فرماید : این احتمال جداً بعید است . [شاید از باب

اینکه: الاقرب یمنع الا بعد و با وجود متعلقاتی از قبیل: قیمت، اختصاص که نزدیکترند، نوبت به نعم که دورتر است نمی رسد.] و بلکه اصلاً ممکن نیست که اراده شود، زیرا که طبق این احتمال امام علیه‌السلام از اصل لزوم و وجوب جواب داده اند که:

آری به مجرّد مخالفت بر تو واجب شد و تو ضامن شدی... در حالیکه از استفهام تقریری و سئوال سائل مستفاد است که او اصل لزوم و وجوب را می دانسته و آگاه بوده که به مجرّد مخالفت و غصب ضامن شد، و دنبال این بوده که قیمت چه روزی را؟ و در کمّ و کیف قضیه اشکال داشته نه در اصل آن.

پس امام از چیزی جواب داده که خود سائل می دانسته، و جواب امام لغو و بی فائده است و کلام لغو از معصوم صادر نمی شود، لذا صوناً لکلام المعصوم عن اللغویة می گوئیم: متعلق به نعم و یلزمک نیست بلکه دو احتمال قبل صحیح است. [محشّین نوعاً در مقام اعتراض برآمده و گفته اند:

اوّلاً اینکه فرمودید: این احتمال بعید است جداً و هیچ شاهدی از لغت و متفاهم عرفی ندارد، ما قبول نداریم بلکه احتمال قریبی است، زیرا بر اساس قواعد نحوی باید ظرف به فعل یا شبه فعل تعلّق بگیرد.

و **ثانیاً** اینکه فرمودید: بلکه اصلاً ممکن نیست... . ما قبول نداریم زیرا چه مانعی دارد که سئوال از اصل لزوم و وجوب باشد؟ شما فرمودید: آن را خود سائل می دانسته، ما می گوئیم: از کجا او می دانسته؟ از کجا استفهامش تقریری باشد؟ خیر استفهام حقیقی است و از حیرت و سرگردانیِ او ناشی می شود، و منشأ تحیّر هم دو نوع فتوای متضاد است که ابوحنیفه گفت: ضامن نیستی.

امام می فرماید: ضامن هستی... . و جا دارد که بپرسد: آیا ضامن هستم یا نیستم... و امام رفع حیرت کرده و بفرمایند: نعم یعنی ضامن هستی و جواب هم لغو و بی فائده نباشد.]

فراز دوّم:

قوله: الثانیه:

وقتی سائل از مسئله عیب و نقص و اختلاف او با مالک سئوال کرد امام علیه السلام فرمود: اگر اختلاف دارید سه راه وجود دارد:

الف: یا مالک بغل قسم بخورد و تو طبق قسم او عمل کنی.

ب: و یا اگر نَکول کرد تو قسم بخور و او ملزم است.

ج: و یا صاحب قاطر شاهدهائی بیاورد که آنها بگویند: قیمة البغل یوم اکتُرِیَ کذا و کذا، تا تو ملزم باشی [البته در اصل روایت کلمهٔ حین بجای یوم داشت ولی منظور یکی است.]

کیفیت استشهاد: در این فراز سخن از قیمت روز کرایهٔ قاطر است ولی از خارج می دانیم که قیمت روز کرایه به عنوان روز کرایه ملاك نیست و موضوعیتی ندارد چون آن روز که کرایه کننده امین است و امین ضامن نیست. پس یا مراد از روز کرایه روز مخالفت و غصب است و یا روز تلف عین است. دوّمی قطعاً مراد نیست زیرا نه شاهدی دارد و نه به روز کرایه نزدیک است تا از یوم الاکتراء یوم التلف اراده شود.

پس احتمال اوّل مراد است که مراد یوم المخالفة است و چون روز مخالفت همان روز کرایه بوده لذا تعبیر به یوم الاکتراء کرده.

بیان ذلک: از روایت به خوبی استفاده می شود که: شخص به مجرّد خروج از کوفه و نزدیکیِ پُل کوفه مسیر را عوض کرده و به جای رفتن به طرف قصر بنی هبیره [محلّ کرایه] به طرف نیل و... رفته و واضح است که این مقدار راه از کوفه تا قنطرهٔ آن راه کمی است و همان روز اوّل یا نصف روز کرایه می شود طی کرد پس در واقع همان روز اوّل مخالفت کرده و معمولاً در مدت کم تفاوت

قیمتی پیدا نمی شود. لذا تعبیر به یوم اکثری کرده است. پس این فراز هم به درد می خورد و دلیل بر ضمان به یوم المخالفة او الغصب است.

فراز سوّم:

قوله: و امّا قوله عليه السلام:

وقتی سائل مجدّداً از مسئله عقر و کسر و دبر و عیوب پرسید، امام عليه السلام فرمود: علیک قیمة ما بین الصحة و العیب یوم تردّه علیه، در این فراز هم کلمهٔ یوم تردّه آمده و در آن سه احتمال وجود دارد:

۱ـ ظرفِ زمانیِ یوم تردّه به کلمهٔ علیک تعلّق گرفته باشد [علیک اسم فعل و به معنای الزم یعنی بر تو است و ملزمی که... . و مانعی ندارد که متعلّق ظرف باشد.] و قید علیک باشد، یعنی بر تو واجب است که همان روزی که خود عین [بَغْلْ] را به صاحبش ردّ می کنی، تفاوت ما بین صحیح و معیب را هم ردّ کنی، امّا تفاوت چه روزی؟ یوم الحدوثِ عیب؟ یا یوم الغصب؟ مطرح نیست، و از این جهات فراز مذکور ساکت است.

۲ـ کلمهٔ یوم تردّه متعلق به کلمهٔ قیمت و قید آن باشد که معنا این می شود: باید ارش و تفاوت قیمت صحیح و معیب را حساب کنی و قیمت یوم الرّد مطرح است که اگر روز اوّل ۱۰۰ درهم ارزش داشت و روزی که می خواهی به صاحبش برگردانی ۸۰ درهم ارزش دارد تفاوت را محاسبه کن و تفاوت آن روز مطرح است. طبق این احتمال، فراز مذکور معیار جدیدی عرضه می کند که: ملاك یوم الرّد است نه یوم الغصب ولی این احتمال مردود است و به حکم اجماع قیمت یوم الرّد ملاك نیست، زیرا عیب و نقصی که در عین پدید می آید و در حقیقت وصفِ صحّت آن از بین می رود، حکم جدیدی ندارد، بلکه تابع خود عین است، اگر دَر خود عین ملاك ضمان به یوم التلف بود، در وصف صحت هم

ملاك قیمت یوم حدوث العیب است که یوم التلفِ وصف صحّت باشد، و اگر چیز دیگری بود، در وصف صحت هم همان مطرحَ استِ.

۳ـ کلمهٔ یوم تردّه قید کلمهٔ عیب در عبارت باشد، و منظور آنست که: عیب از روزی که حادث می شود و وصف صحّت از بین می رود تا روزی که عین معیب به مالک مسترد می شود مراتبی دارد:

عیب یوم الحدوث، عیب ایّام استمرار آن، عیب یوم الرّد، و ملاك عیب موجود در روز ردّ است نه ایّام ما قبلِ آن، و باید قیمت عیب موجود در روز ردّ را بپردازد.

و دلیل این احتمال آنست که: ای چه بسا روز اوّلی که عیب حادث می شود بسیار کم است، ولی کم کم زیاد می شود و چون احتمال افزایش دارد پس ملاك عیب موجود در حال ردّ است. نه عیب کم و ناچیزی که روز اوّل حادث شد.

این احتمال هم مردود است، زیرا همانگونه که احتمال ازدیاد عیب می رود، همچنین احتمال انتقاص و کم شدنِ آن می رود، یعنی ممکن است در اثناء یا روز اوّل، عیب بزرگی از قبیل شکستگیِ دست و پا و ... وجود داشته ولی در اثر مداوا روز به روز بهتر شده و به کلّی عیب برطرف شده و یا بسیار کم شده، آنگاه اگر ملاك عیب یوم الرّد باشد، در این فرض باید گفت: غاصب همان عیب قلیل را ضامن است، در حالی که این برخلافِ فتوای فقهاء است که می گویند: عیبی که حادث شد، غاصب هم ضامن شدَ، اگر چه بعداً مرتفع شود، اصل ضمان برداشته نمی شود.

پس احتمال ثالث هم به جهت ابتلاء به معارض ضعیف و باطل است. در نتیجه از میان سه احتمال مذکور، احتمال اوّل تعیّن پیدا می کند و معیّناً همان مراد است که: در روز ردّ عین بر تو واجب است که تفاوت و ارش صحیح و معیب را بدهی، امّا ارش چه روزی را؟ قیمت کدام روز را؟ از این جهت ساکت است و

دو احتمال دارد:

۱ـ قیمت یوم الغصب و تفاوت صحیح و معیب با آن قیمت مطرح باشد.

۲ـ قیمت یوم الحدوث، یعنی روزی که عیب حادث شد که در واقع یوم التلف است چون روز حدوث عیب روز تلف وصف صحّت است و در باب معاملات و ضمانات، وصف صحت به منزلهٔ جزء عین است و تلف جزء موجب ضمان به آن جزء تالف، یوم التلف است، هکذا تلف وصف صحّت. پس این فراز اجمال دارد و دو احتمالی است ولی دو فراز قبلی مبیّن بود و روشن شد که ملاك را یوم الغصب او المخالفة دانسته اند، به برکت آندو فراز این فراز هم تبیین می شود و بر یوم الغصب حمل می شود. القرآن یفسّر بعضه بعضاً، کلام معصوم هم یفسّر بعضه بعضاً.

نتیجه: تا به حال از صحیحهٔ ابی ولاّد این مطلب را استظهار کردیم که: در باب غصب ملاك یوم الغصب است نه یوم التلف، و برخلاف قاعدهٔ اوّلیه در ضمانات است.

قوله: نعم:

از اینجا به بعد تا آخر صحبت از این است که: باب غصب برخلاف قاعدهٔ اوّلیه نیست و در این باب هم ملاك یوم التلف است نه یوم الغصب، و مجدّداً به فرازهای مذکور و متن روایت برگشته و دقّتِ بیشتری می کنیم تا ببینیم نتیجه چیست؟

میفرماید: اینکه امام علیه السلام فرمود: «قیمة بغل یوم خالفته» و یوم المخالفة را عنوان فرمودند، نه از باب اینست که: روز مخالفت یعنی همان روز غصب موضوعیتی دارد، و ضمان دائر مدار او است، بلکه این تعبیر و حکم به ضمان قیمت یوم المخالفة، از باب حمل بر غالب است یعنی از آنجا که غالباً در مثل مورد حدیث که بَغْلْ است، آنهم در مثل مدّت پانزده روز، آنهم در آن زمانها [که

سال به سال قیمتها فرق نمی کرد و مثل حالا نبود که هر روز قیمت متحول باشد.] قیمت تفاوت پیدا نمی کرد، از این جهت فرقی ندارد که یوم المخالفة بگوئیم، یا یوم الرّد یا یوم التلف، و گرنه یوم المخالفة بما هو یوم المخالفة خصوصیتی ندارد.

قوله: و یکون السّر:

اگر کسی بگوید: حالا که یوم المخالفة موضوعیتی ندارد، پس چرا امام علیه‌السلام قیمت را به آن مقید کرد؟ چرا یوم التلف نفرمود؟ چرا مطلق نفرمود تا برطبق قاعده حمل شود؟ در جواب می گوئیم: این تقیید برای احتراز است امّا نه از یوم التلف که امام می خواهد بفرماید: یوم الغصب ملاك است نه یوم التلف، بلکه برای احتراز از یوم الاشتراء است.

بیان ذلک: فرض کنید شخصی دو سال قبل قاطری یا کتابی را به صد تومان خریداری کرده و در طول این مدّت از آن استفاده برده است حال پس از دو سال که قیمت می کنند می گویند: این حیوان خیلی بار کشیده و لاغر یا پیر شده، این کتاب خیلی مورد استفاده واقع شده و مستعمل و دست دوّم است و ... و مثلاً پنجاه تومان ارزش دارد.

ولی در عین حال اگر کسی همین کتاب یا حیوان را تلف کند مالک اصلی و صاحب حیوان که نوعاً از عوام مردم است، در مقام قضاوت می گوید: من این متاع را به صد خریده بودم و تو صد تومان به من خسارت زدی و باید بپردازی.

حال امام علیه‌السلام می خواهد بفرماید: قیمت روز خریداری ملاك نیست، چون مالک از مال خیلی استفاده کرده است. ملاك قیمت از حالا به بعد است. پس تقیید برای دفع تو هم مذکور است که مالک خیال نکند که حق دارد تمام صد تومان را بگیرد، بلکه ملاك قیمت از حالا به بعد است و همین مبلغ را می گیرد.

قوله: ویؤیّد:

در ادامـه شـواهد و مـؤیداتی مـبنی بر عـدم اعـتبـار به یوم الغـصب، اقـامـه می کنند:

مؤیّد اوّل: تعبیرات متفاوت در خود روایت است که یکجا فرمود: قیمة بغلٍ یوم خالفته.

و جای دیگر فرمود: قیمة البغل یوم اکتری ...

و جای دیگر فرمود: قیمة ما بین الصحة و العیب یوم تردّه.

حال اگـر یوم المخالفة موضـوعیّت داشت، امام علیه السلام عنایت بیشتری به خرج داده و اهتمام می ورزیدند و خود همان را همه جا می آوردند، ولی چنین نکردند و هر بار به منـاسبت، تعبـیری آوردند، و این شـاهد عـدم اهتـمام و اعـتبـار به یوم الغصب است. و برمی گردیم به مقتضای قاعده.

قوله: الاّ ان یقال:

ممکن است کسـی از مؤیّد اوّل مـا چنین جـواب دهد: مـلاك در باب غـصب همـان یوم الغصب است و آن روز مـوضوعیت دارد، منتهـا سرّ اینکـه امام علیه السلام در فـراز دوّم به جای یوم الغـصب به یوم الاکـتراء تعبـیر کـردند، آنست کـه خواسـتند سائل را به یک نکته توجـه دهند و آن مسئله سهولت اقامهٔ شاهد است، که در روز کـرایه معـمـولاً حیـوان را از بازاری، مـحلّی، کاروانسـرائی و... کـرایه می کنند و مـعمـولاً در آن مکان جمـعی از انسـانها و کـرایه دهندگان هـستند و ناظر و شـاهد بر این کرایه دادن هسـتند و اگر بعـداً اختلافی شـد آنها راحت می توانند شـهادت دهند که: قیـمت روز کرایه چقدر بوده، همـانطور که قسم هم در فراز بعـدی و در همه جا تشریع شده برای سهولت در رفع نزاع و قطع مادّه دعوا.

امّا یوم الغـصب در وسط بیـابان است و مـعـمـولاً غـیـر از غـاصب کـسی خـبـر ندارد تا شـهادت دهد و حلّ نزاع شـود و... پس تعـبیـر به یوم الاکـتـراء برای تفـهیـم این نکته است نه برای اینکه یوم الغصب موضوعیتی ندارد.

قوله: فتأمّل:

اشاره است به اینکه در مورد روایت روز کرایه دادن با روز غصب یا یک روزاند و یا تفاوت یسیری دارند یعنی دیروز کرایه کرده و امروز مخالفت کرده، و از نظر سهولتِ اقامهٔ بیّنه و شهود فرقی بینهما نیست. پس اگر یوم المخالفة موضوعیّت داشتَ، تعبیر به یوم الاکتراء نمی شد.

قوله: ویؤیّده ایضاً:

مؤید دوّم: وقتی سائل [ابی ولّاد] از امام سئوال کرد: اگر عقری یا کسری یا دبری پیدا شد چه بکنیم؟ امام فرمودند: اگر در قیمت و تفاوت میان صحیح و معیب اختلاف کردید یا مالک اصلی قسم می خورد که قیمت فلان مقدار است و غاصب ملزم به قبول است و یا اگر مالک ردّ قسم کرد، غاصب قسم می خورد و مالک باید تسلیم شود، و یا خود مالک اصلی دو شاهد بیاورد مبنی بر اینکه قیمت حیوان روز کرایه فلان مبلغ بوده... .

کیفیّت استشهاد: اگر ملاك در قیمت، یوم المخالفة باشد و اختلاف طرفین در قیمت آن روز باشد که معمولاً به این صورت است که مالک مدّعی است که قیمت زیاد شده بود و صد تومان بود و غاصب منکر زیادی است و می گوید: هشتاد تومان بوده، در چنین فرضی دو مخالفت قاعده در روایت پیدا می شود:

الف: امام فرمود: مالک اصلی قسم بخورد و او را منکر شمردند، در حالی که مالک اصلی مدّعی است و غاصب منکر است زیرا یکی از معیارهای شناخت مدّعی از منکر آنست که: مدّعی آنست که: قول او مخالف اصل باشد و منکر آنست که قول او موافق اصل باشد و در ما نحن فیه مالک مدّعیِ زیاده است و قول او مخالف اصل است زیرا الاصل عدم الزیادة یا الاصل البرائة من الزیادة، و غاصب منکر است چون قول او موافق اصل است. آنگاه قاعده آنست که مالک شاهد بیاورد چون مدّعی است نه اینکه قسم بخورد، پس چرا امام عليه‌السلام فرمود:

مالک قسم بخورد، این مخالف قاعده است.

ب: بر فرض اینکه قول قول مالک باشد و قسم خوردن او صحیح باشد و او را منکر بدانیم، می گوئیم: دنبالش فرمود: او یأتی بشهود... این برخلاف قاعده است زیرا در یک نزاع مالک یا منکر است که تنها باید قسم بخورد و یا مدّعی است که تنها باید شاهد بیاورد، البیّنة للمدّعی والیمین علی من انکر، و معنا ندارد که مالک میان قسم خوردن و اقامهٔ شهود مخیّر باشد، این مخالف قاعده است.

حال با این دو مشکل چه کنیم:

قوله: و حمل الحلف:

بعضی در صدد رفع اشکال برآمده و گفته اند: اگر قسم مذکور در صحیحه آن قسم مصطلح بود که در باب قضا و شهادات مطرح است و باید با شرائطی در محکمه و نزد قاضی انجام شود، البته اشکال وارد بود که:

اوّلاً مالک مدّعی است نه منکر.

و **ثانیاً** یا قسم یا اقامه بیّنه... .

ولی قسم مذکور قسم معمولی و عرفی است که معمولاً دو نفر با هم در امری و مالی نزاع دارند، یکی از دیگری می خواهد که: او قسم بخورد و طرف قبول کند و نزاع ختم شود، در چنین مواردی هیچ اشکالی ندارد که مدّعی هم بتواند چنین قسمی بخورد و مخصوص منکر نیست. پس دو اشکال مذکور رفع شد[۱].

قوله: والتعبیر:

گویا کسی به بعض مذکور اشکال کرده و می گوید: اگر قسم مصطلح مراد

---

(۱) مرحوم آقای خوئی در مصباح الفقاهة، ج۲، ص۱۹۱، و مرحوم ایروانی در حاشیه بر مکاسب، ص۱۰۲، و مرحوم سیّد در حاشیه برمکاسب ص ۱۰۵ همین حمل را اختیار کرده اند.

نیست پس چرا امام فرمود: وان ردّ... یعنی اگر مالک نکول کرد و قسم را به غاصب ردّ کرد... این با قسم مصطلح و در محکمه می سازد.

این بعض می گوید: خیر، این تعبیر هم از باب این است که معمولاً مالک اصلی به قیمت مالش آگاهتر است لذا معمولاً او را قسم می دهند، ولی اگر او گفت: قسم مکروه است و من قسم نمی خورم ولی از توی غاصب می خواهم که قسم بخوری و به هر چه قسم خوردی قبول دارم، این حق به غاصب می رسد و با تراضی طرفین و برای راضی کردنِ مالک قسم می خورد و نزاع می خوابد و صحبت از محکمه نیست.

قوله: خلاف الظاهر:

مرحوم شیخ می فرماید: حمل و توجیه مذکور خلاف ظاهر است، زیرا وقتی امام علیه‌السلام بما هو امام در مقام بیان حکمی برمی آیند، ظاهرش اینست که بما هو احدٌ من العقلاء سخن نمی گویند بلکه بما هو امامٌ وحاکمٌ و وظیفه دارد حکم شرعی را بگوید، سخن می گویند پس کلام امام بر همان قسم شرعی و در محکمه حمل می شود و اشکال به قوّت خود باقی است.

قوله: و هذا بخلاف:

اگر ملاك را در قیمیّات و از جمله در مغصوبات، قیمتِ یوم التلف بدانیم، هر دو مشکل حدیث به آسانی قابل حلّ است، به این بیان که: نزاع و اختلاف میان مالک و غاصب به چند صورت متصوّر است و فرمایش امام که اوّل فرمود: مالک قسم بخورد، و سپس فرمود: مالک اقامهٔ شاهد بنماید، هر کدام از این حکمها مربوط به فرضی از فروض اختلاف بینهما است، و در مجموع سه صورت ذکر می کنند:

صورت اوّل: مالک و غاصب هر دو قبول دارند که قیمت قاطر در روز کرایه یا یوم المخالفة و خلاصه روز اوّل مثلاً صد تومان بوده، یا حاکم شرع از خارج و

به قرائن و دلائلی متوجّه شده که روز اوّل قیمت صد تومان بوده، ولی در قیمت روز تلف عین اختلاف دارند به این نحو که: غاصب مدّعی است که یوم التلف قیمت تنزّل پیدا کرده بود و مثلاً هشتاد تومان شده بود و من به این کم مشغول الذمّه هستم، ولی مالک این معنا را منکر است و می گوید: خیر قیمت پائین نیامده بود و کما کان ثابت بود.

البته اگر نزاع به این شکل باشد، بی تردید مالک منکر است و منکر باید قسم بخورد.

و امام علیه السلام که فرمود: امّا ان یحلف المالک... مربوط به این فرض است و کاملاً حکم امام قانونی و بر طبق قاعده است، و ایرادی نیست.

صورت دوّم: هر دو قبول دارند که قیمت عین از روز اوّل هر مقدار بوده تا روز آخر یعنی یوم التلف به همان مبلغ ثابت مانده و کم و زیاد نشده ولی اختلافشان مربوط به همان قیمت روز اوّل است که مالک می گوید: روز اوّل که من حیوان را به شما کرایه دادم مثلاً صد تومان ارزش داشت و مدّعیِ زیاده است، ولی غاصب می گوید: خیر از روز اوّل هشتاد تومان قیمت داشت و منکرِ زیاده است.

البته در این فرض بلاشک مالک مدّعی و غاصب منکر است. و مدّعی باید که بیّنه اقامه کند.

و اینکه امام علیه السلام فرمود: او یأتی صاحب البغل بشهود... مربوط به این فرض است. باز هم حکم امام علیه السلام صددرصد علی القاعده است و هیچ مخالفتی با قانون مسلّم و منصوص و مُفتا به: «البیّنة علی المدّعی و الیمین علی من انکر» ندارد. پس اشکال ثانی هم مرتفع شد.

صورت سوّمی هم می توان فرض کرد، به این صورت که: هر دو قبول دارند که روز اوّل یعنی یوم المخالفة او الاکتراء قیمت حیوان مثلاً صد تومان بوده

ولی در قیمت یوم التلف اختلاف دارند آنهم به این صورت که: مالک ادّعا می کند که در روز تلف قیمت بالا رفته بود و صد و بیست تومان ارزش داشت ولی غاصب منکر زیاده است و می گوید: قیمت روز اوّل ثابت بود. باز در این فرض هم پرواضح است که: مالک مدّعی است و باید بیّنه اقامه کند و گرنه غاصب که منکر است قسم می خورد و به نفع او حکم می شود.

قوله: واما علی تقدیر:

بر فرض اینکه ملاك یوم التلف باشد به خوبی محاسبه کرده و از عهدهٔ اشکالات برآمده و توجیه قریبی داشتیم، ولی اگر ملاك را یوم المخالفة بدانیم توجیه دو اشکال مذکور برطبق قواعد بعید و خنک است، به این صورت که: باز دو فرض تشکیل بدهیم:

۱ـ طرفین در روز قبل از یوم الغصب هر دو متفق بودند و هستند که قیمت قاطر مثلاً صد تومان بوده و در قیمت یوم المخالفة که یک روز بعد است اختلاف دارند و غاصب می گوید: قیمت تنزل پیدا کرده بود و مالک این امر را انکار می کند، آنگاه در این فرض مالک منکر است و باید قسم بخورد و قول امام علیه السلام: فامّا ان یحلف ... مربوط به این صورت است.

۲ـ طرفین در روز پس از یوم الغصب متفق اند و هر دو قبول دارند که قیمت روز لاحق مثلاً صد تومان بوده ولی نسبت به یک روز قبل از آن یعنی یوم الغصب اختلاف دارند و مالک می گوید: یک روز قبل صد و بیست تومان ارزش داشته و غاصب این معنا را انکار می کند. باز مالک است که باید شاهد بیاورد، و قول امام علیه السلام: او یأتی بشهود ... مربوط به این فرض است. پس مشکلات حلّ شد.

مرحوم شیخ می فرماید: ولا یخفی بُعده یعنی چنین حمل و توجیهی از ظاهر کلام امام بعید است، زیرا که معمولاً قیمت دیروز با امروز یا امروز با فردا تفاوتی نمی کند یا تفِاوت محسوسی نمی کند تا طرفین اختلاف کنند، و کم است

چنین تفاوتی.

و اگر بگوئیم: منظور امام علیه‌السلام این است، کلام امام را بر فرد نادر حمل کرده ایم که با شأن امام تناسب ندارد.

امّا توجیه ما که براساس یوم التلف بود کاملاً توجیه قریبی است. زیرا معمولاً از روز اوّل تا روز تلف فاصلهٔ زیادی می شود و تفاوت قیمت غالب است و جای تنازع و اختلاف هست.

[**دو تأمّل**: ۱ـ این توجیه با مورد حدیث نمی سازد زیرا خود شما قبلاً فرمودید که در مثل مورد حدیث که قاطر است معمولاً در مدت ۱۵ روز اختلافی پیش نمی آید، و از نظر فنّی این توجیه مستلزم خروج مورد است.

۲ـ ظاهر حدیث آنست که یک نزاع بیشتر نیست و در همان یک نزاع امام علیه‌السلام گاهی می فرماید: مالک قسم بخورد، و گاهی حکم به اقامهٔ بیّنه می کند، پس اینکه شما هر کدام از این حکمها را به فرض خاصّی حمل کردید، با ظاهر حدیث منافی است.]

قوله: وابعد منه:

بعضی ها مثل شیخ طوسی در باب اجاره[۱] و باب غصب[۲] فرموده اند: این روایت صحیحه که هم قسم و هم شاهد را برای یک نفر مطرح کرده برخلاف قواعد مسلّم باب قضاء [البيّنة على من ادّعى واليمين على من انكر] است و چون نصّ خاص دارد می گوئیم: این یک حکم تعبّدی است که مخصوص به دابّة مغصوبه است و یا حدّاکثر به سایر مغصوبات تعدّی می کند و همهٔ ابواب ضمانات از قبیل: بیع فاسد و... را شامل نیست. و در واقع قانون بیّنه و قسم به باب مغصوبات تخصیص خورده وما من عامّ الاّ وقد خصّ.

---

(۱) نهاية، ص۴۴۶.

(۲)

مرحوم شیخ می فرماید: این توجیه از توجیه طرفداران یوم المخالفة هم بعیدتر است، زیرا وجهی ندارد که ما بگوئیم: امام علیه السلام در باب غصب همهٔ قواعد مسلّم و منصوص و مجمع علیهای باب قضا و شهادت را زیر پا گذاشته است. و صرفاً یک حکم تعبّدی و خلاف قاعده فرموده است.

نتیجه: با محاسباتی که از: نعم یمکن... تا اینجا شد به این نتیجه می رسیم که: از صحیحهٔ ابی ولاّد هم حکمی برخلاف قاعدهٔ ضمان به یوم التلف استفاده نمی شود و یوم المخالفة موضوعیتی ندارد.

قوله: و اضعف منه:

در باب قیمیات این نکته مسلّم شد که: قیمت به ذمّه می آید نه مثل، ولی در اینکه قیمت چه روزی به ذمّه می آید، اختلاف پیدا شده و اقوالی مطرح است:

۱ـ میزان قیمت یوم التلف است. [وهو المشهور والموافق للاصل]

۲ـ میزان قیمت یوم الغصب و الضمان است. [که از صحیحه استفاده می شد.]

۳ـ میزان اعلی القیم از یوم الضمان تا یوم التلف است. الآن این نظریّه مطرح است، دلائلی بر این مدّعا اقامه شده:

دلیل اوّل: از مرحوم شهید ثانی(۱) حکایت شده(۲) که ایشان برای اثبات ضمان به اعلی القیم از صحیحه استفاده کرده اند و فرموده اند: این حدیث دلیل بر اعلی القیم است.

مرحرم شیخ می فرماید: من هر چه فکر می کنم یک وجه صحیح و مقبولی برای این سخن نمی یابم، و دیگران هم در این رابطه چیزی نگفته و توجیه مقبولی نکرده اند که شهید ثانی از کجای حدیث این استفاده را کرده اند؟

---

(۱) مسالک الافهام، ج۲، ص۲۶۰.

(۲) جواهر الکلام، ج۳۷، ص۱۰۳.

دلیل دوّم:

قوله: نعم:

مشهور برای اثبات اعلی القیم اینگونه استدلال کرده اند: در تمام مدّت از روز ضمان تا روز تلف، عین مضمونه بود و غاصب یا مشتری ضامن بود و عموم انحلالیِ علی الید ما اخذت... هر روز را شامل می شد، و هر روز وی ضامن بود، و از جملهٔ روزها همان روزی است که قیمت عین به اوج رسیده بود آن روز هم علی الید گفت: تو ضامنی و اگر تلف شد باید قیمت آن روز را هم بدهی.

[منتها منظور این نیست که قیمت هر روز را جداگانه باید بپردازد، بلکه به شکل تداخلی عمل می شود یعنی قیمت های نازلتر در قیمت عالیتر داخل هستند و عالیتر را که داد نازلتر هم ادا شده، چونکه صد آمد نود هم پیش ما است.]

حال که آن روز هم مشغول الذمّه شد پس باید قیمت همان روز را بدهد.

مرحوم شیخ در جواب می فرمایند: منظورتان از اشتغال ذمّه و استقرار ضمان آن روز چیست؟ سه احتمال وجود دارد:

۱ـ اگر مرادتان اینست که: در صورتیکه اتّفاقاً عین در همان روز ارتفاع قیمت بمیرد، ضامن باید اعلی القیم [و در واقع قیمت یوم التلف] را بدهد، ما هم قبول داریم، زیرا هر روزی که تلف شده باید قیمت همان روز را بدهد و گرنه تدارك صدق نمی کند [قبلاً هم در بیان اصل اوّلی در ضمان در قیمیّات گفتیم.]

ولی فرض اینست که: آن روز عین تلف نشد تا قیمت همان روز را بدهد.

۲ـ و اگر مرادتان اینست که: به مجرّد رسیدن عین به عالیترین درجه از قیمت، همان اعلی القیم بر ذمّه ضامن مستقر می شود و باید آن را تدارك کند مطلقا یعنی چه عین همان روز تلف شود و چه روزهای بعد که قیمت تنزّل کرده بود، و باز چه عین تلف بشود و چه حتی تلف هم نشده ولی قیمت پائین آمده باز

روزی که عین را ردّ می کند باید تفاوت قیمت را بپردازد و اعلی القیم جبران شود.

این احتمال برخلاف اجماع فقهاء است زیرا آنان تسالم و اتفاق دارند بر اینکه: اگر خود عین را ردّ کند نقصان و تنزّل قیمت را هر چند فاحش باشد ضامن نیست.

۳ـ و اگر مرادتان اینست که: شخص اعلی القیم را ضامن است امّا به صورت مراعا و متزلزل یعنی اگر بعداً تلف نشد و خود عین را ردّ کرد که هیچ، امّا اگر بعداً تلف شد و قیمت هم پائین آمده بود، باید آن روز ارتفاع قیمت را در نظر گرفته و از عهده برآید نه یوم التلف را.

مرحوم شیخ می فرماید: این احتمال مخالف اجماع نیست. [چون عدّه ای آن را پذیرفته اند.] ولی مخالف اصل برائت است.

بیان ذلک: فرض کنید یوم التلف صد تومان و یوم الارتفاع ۱۵۰ تومان ارزش داشت، حال در روز تلف دوران بین اقل و اکثر استقلالی است که ضامن همین صد را بدهد یا صد و پنجاه را و در اقل و اکثر کذائی، اقلّ متیقّن و واجب است و اکثر و مازاد مشکوك به شک بدوی است و اصل برائت جاری می شود و چیزی هم که شاغل باشد و اشتغال ذمّه بیاورد و جلو برائت را بگیرد وجود ندارد. پس این دلیل هم ناتمام است.

قوله: عدا ما حکاه:

دلیل سوّم: مرحوم صاحب ریاض[1] از دائی بزرگوارش مرحوم آقا وحید بهبهانی نقل کرده که: ایشان برای اثبات ضمان اعلی القیم به قانون لا ضرر تمسک کرده اند و فرموده اند: اگر بگوئیم: مالک حقّ ندارد ۱۵۰ تومان مثلاً بگیرد بلکه باید به همان صد راضی باشد این ضرر براو است و قانون لا ضرر آن را نفی

(۱) ریاض المسائل، ج۲، ص۳۰۴.

می کند پس حق دارد همان اکثر را مطالبه کند.

مرحوم شیخ می فرماید: وفیه نظر: یعنی این دلیل هم نارسا است و اینجا جای لا ضرر نیست زیرا که اگر کمتر بگیرد مالک ضرر کرده و اگر بیشتر بگیرد ضامن ضرر کرده و دوران امر بین ضررین است و در تعارض ضررین قانون لا ضرر که در مقام امتنان وارد شده، جاری نمی شود.

قوله: نعم: دلیل چهارم:

در واقع دلیل چهارم نیست بلکه بیان دیگری از دلیل دوّم یا دلیل مشهور است که به بیانی که قبلاً گذشت قابل خدشه بود، و حالا به بیان دیگری که قدری موجّه است عرضه می کنیم: ما هم قبول داریم که: عین در تمام مدّت از هنگام قبض یا غصب تا هنگام تلف مضمون است، وعلی الید هر یک از زمانهای مذکور را شامل است، و منجمله آن روزی را که قیمت عین به اوج خود رسید نیز شامل است؛ ولی بدنبال این مطلب نمی گوئیم: پس قیمت آن روز مستقر شد... بلکه می گوئیم: از دو حال خارج نیست:

۱ـ یا همان روز ارتفاع قیمت تلف می شود، در این فرض که بلاشک باید همان اعلی القیم را بدهد از باب اینکه قیمت روز تلف عین است و تدارك به آن واقع می شود، و گرنه اعلی القیم موضوعیّتی ندارد.

۲ـ و یا تا روزهای بعد که قیمت تنزّل پیدا می کند، عین باقی است، خود این دو فرض دارد:

۱ـ یا بعدها خود عین را ردّ می کند، در این فرض تنزّل و ترقّیِ قیمت وجودش کالعدم است و با ردّ خود عین تمام اینها از بین می رود و هیچکدام جداگانه محاسبه نمی شود.

۲ـ و یا بعدها عین تلف می شود و قیمت آن را می پردازد، در این فرض است که می گوئیم: اگر چه روز ارتفاع قیمت و رسیدن آن به اعلی المراتب عین تلف

نشد، ولی در حکم تلف بود و متعذّر الوصول بود، و ضامن یا غاصب میان عین و مالکِ آن حائل و مانع شده بود و نگذاشت که مالک به اختیار خود از مالیّتِ آن روز عین استفاده کند.

آنگاه صد تومان مثلاً قیمت یوم التلف است که می پردازد و پنجاه تومان بدل حیلولهٔ غاصب نسبت به مالیّت روز ارتفاع قیمت است که باید بدهد. پس مسئله تلف نیست مسئله حیلولة است.

قوله: نعم لو ردّت:

اگر کسی بگوید: با این اوصاف پس اگر در هنگام تنزّل قیمت خود عین را هم مسترد نمود باز باید بدل حیلوله و تفاوت قیمت روز ارتفاع و اوجگیری را بپردازد، به همان بیان مذکور ما می گوئیم: خیر با ردّ خود عین نوبت به این امور نمی رسد و اجماعی است که تنزّل و ترقّیِ قیمت در این فرض نقشی ندارند، و صرف ارتفاع قیمت بازار که مال نیست و مالیت ندارد تا در قبالش ضامن باشیم بلکه ارتفاع یک امر اعتباری عقلائی است که مقوّم مالیّت مال است و ملاك بیشتر یا کمتر ارزش داشتنِ آن است نه اینکه خود آن مال باشد و ما در قبال آن ضامن باشیم.

قوله: و الحاصل:

خلاصه و چکیدهٔ توجیه ما این است که: عین مال در هر روزی از ازمنهٔ غصب که در دست غاصب بود دارای مرتبه ای از مالیّت بود [روز اوّل صد تومان قیمت داشت، روز دهم ۲۰۰ تومان، روز بیستم ۴۰۰ تومان، روز سی ام ۱۰۰۰ تومان و ...] و در هر مرتبه ای و نسبت به هر روزی هم دست مالک از این مال کوتاه شده و سلطنت او منقطع شده بود و غاصب سبب این ازالهٔ ید و قطع سلطه است، آنگاه پس از مدتی اگر خود عین را ردّ کرد فهو المطلوب و چیز دیگری بدهکار نیست، ولی اگر عین تلف شد باید اعلی المراتب از قیمت ها را بپردازد.

[البته مراتب مادون در مرتبهٔ مافوق داخل بوده و جداگانه محاسبه نمی شوند.

تنظیر: اگر عبدی دارای منافع متفاوت است مثلاً خیاطی می کند، بنّائی می داند، کتابت می تواند و... وعلی الفرض این منافعِ متعدّد متضادّ هستند یعنی در زمان واحد قابل جمع نیستند و امکان ندارد که عبد هم خیاطی کند و هم بنائی و... و فرضاً از نظر ارزش و مالیّت هم متفاوت باشند.

در اینجا چنانچه کسی عبد دیگری را غصب کند و مانع شود از اینکه مالک اصلی از آن انتفاع ببرد وی حق دارد که آن منفعت ارزشمندتر از همه را مطالبه کند و قیمت مثلاً بنّائیِ عبد را از ضامن بگیرد و سایر فنون که کم ارزشترند در آن اعلی داخل می شوند.] و این از باب ازالهٔ ید یا حائل شدن میان مالک و مالیّتِ روز ارتفاع است... که مبسوطاً بیان شد.

۵ـ قوله: ولاجل ذلك:

بیان پنجم که باز به نحوی همان بیان چهارم و دوّم می باشد، عبارتست از استدلال علامّه در تحریر[۱] مدّعای علامّه ضمان یوم الغصب است، و ما فعلاً کاری به این مدّعا نداریم، ولی دلیل ایشان آنست که: یوم الغصب روزی است که دست مالک از مالش ازاله و برطرف شده و غاصب آن را ازاله کرده است، لذا باید قیمت همان روز را بدهد.

مرحوم شیخ می فرماید: ما همین تعلیل را گرفته و تعمیم می دهیم [زیرا العلّة تعمّم] و می گوئیم: تنها یوم الغصب یوم الازالة نیست بلکه هر زمانی از ازمنهٔ غصب روزِ ازالهٔ ید مالک است وعلی الفرض قیمتها متفاوت است، پس در حقیقت آقای غاصب هر روز مالک را از مرتبه ای از مالیّت محروم کرده است در روز اوّل دست مالک از یکدرهم مثلاً کوتاه شد و روز دوّم از دو درهم، و روز سوّم از سه درهم، و همچنان این ازالهٔ ید ادامه یافت تا عین در دست غاصب

---

(۱) تحریر الاحکام، ج۲، ص۱۳۹.

تلف شد، پس غاصب مزیل و حائل است و باید بیشترین غرامت را بپردازد.

قوله: فتأمّل:

شاید اشاره باشد به اینکه: در ما نحن فیه نوبت به بدل حیلوله نمی رسد زیرا بدل مذکور یک بدل موقتی است و تا وقتی است که ردّ عین نکرده و در ما نحن فیه عین تلف شده و ردّ آن ممکن نیست تا سخن از بدل موقتی باشد.

٦ـ قوله: وقد استدلّ:

بیان ششم: ابن ادریس در سرائر [1] برای اثبات ضمان به اعلی القیم به قاعدهٔ اشتغال تمسک کرده، بیان ذلک:

تردیدی نیست در اینکه غاصب یا مشتری در بیع فاسد ضامن و مشغول الذمه هستند پس اشتغال یقینی دارند. و قاعدهٔ کلّی هم آنست که: اشتغال یقینی خواهان فراغت یقینی است یعنی باید کاری کند که یقین کند که از عهده برآمده و آنچه بر ذمّه داشته انجام داده، و تحصیل فراغت یقینی در ما نحن فیه به اینست که اکثر واعلی القیم را بپردازد. و هو المطلوب.

از این استدلال می توان چنین جواب داد: اینجا نسبت به اکثر و مرتبهٔ بالاتر جای اصل برائت است نه اصل اشتغال، زیرا که مسئلهٔ اقل و اکثر استقلالی است که صد تومان بدهکار است یا ۱۵۰ تومان و در علم اصول خواندیم که در چنین مواردی علم اجمالی به یک علم تفصیلی نسبت به اقل و یک شک بدوی نسبت به اکثر، منحل می شود و در نتیجه اقل را که متیقن است اتیان می کنیم و نسبت به اکثر و مازاد که مشکوك است اصل برائت جاری می کنیم.

٧ـ قوله: نعم لا بأس:

بیان هفتم: حدیث علی الید حکم به ضمان عین نمود و تا مادامی که عین بود خود عموم دلیل بر ضمان بود، و پس از تلف هم تا قیمت روز تلف را نداده باز

(۱) سرائر، ج۲، ص۳۲۶.

علی الید دلیل بر ضمان است و یا اگر علی الید فرض تلف را شامل نشود استصحاب بقاء ضمان جاری می شود حال پس از پرداخت اقل، نسبت به بقاء ضمان شک می کنیم، از استصحاب بقاء ضمان استفاده می کنیم و به وجوب اداء اکثر واعلی القیم حکم می کنیم.

[مرحوم شیخ از این دلیل جوابی نداده بلکه از استدلال به آن نفی بأس کرده که نشانهٔ قبولِ آن است در حالی که جناب ایشان قبلاً قیمت یوم التلف را مطابق اصل و قاعده دانستند، و در نظر ظاهری میان ایندو تهافتی مشاهده می شود.
و حق آنست که استصحاب هم قابل جواب است زیرا که این استصحاب از قبیل کلّیِ قسم ثالث است که نه در خود کلّی قابل جریان است و نه در خصوص این فرد و آن فرد، زیرا یک فرد که اقّل باشد با پرداخت آن مقطوع الارتفاع است، و فرد دیگر که اکثر باشد از اوّلِ امر مشکوك الحدوث است، مگر کسی بگوید: ضمان اکثر از اوّل مشکوك الحدوث نیست و بلکه به صورت تعلیقی متیقن است یعنی آن روز که قیمت به اوج رسید اگر تلف شده بود همان اعلی القیم مستقر می شد. و همین مقدار از وجود تعلیقی برای استصحاب کافی باشد.]

قوله: ثم انّه:

مجموعهٔ اقوال یا احتمالات در قیمیات [بر مبنای مشهور که یجب فی القیمی القیمة] شش احتمال است:

۱ـ ملاك قیمت یوم التلف باشد.

۲ـ ملاك قیمت یوم الغصب و الضمان باشد.

۳ـ ملاك اعلی القیم باشد. تا به حال این انظار بررسی شد.

و امّا **احتمال چهارم**: از عدّه ای از قدماء از قبیل شیخ مفید[1]

---

(۱) به نقل علاّمه در مختلف الشیعه، ج۱، ص۲۰۷.

وقاضی ابن برّاج[۱] وابو الصلاح حلبی[۲] قول به تفصیل نقل شده، یعنی فرموده اند: در کلّیهٔ بیوع فاسده، مشتری قیمت روز تلف را ضامن است، ولی در خصوص بیع فاسدی که منشأ فساد آن تعویض الحکم الی المشتری باشد [فرض مسئله چنین است: زید وارد مغازه بکر می شود و جنس معینی را از او خریداری می کند ومی گوید: این متاع را به چه مبلغی می فروشی؟ بایع می گوید: این جنس را ببر و به هر قیمتی که خواستی حساب کن و پولش را بده، که تعیین ثمن را به مشتری واگذار می کند. البته از نظر مشهور این معامله باطل است زیرا که از مشروط صحت بیع علم به عوضین و تعیین ثمن و مثمن است و اینجا تعیین نشده] ملاك را قیمت یوم البیع دانسته اند.

مرحوم شیخ می فرماید: ما وجهی برای این تفصیل نمی شناسیم و آن را قبول نداریم.

[مرحوم شهیدی در حاشیه فرموده:

لعّل نظرهم فیه الی صحیحة النخاس فی مسئلة اشتراط العلم بمقدار الثمن، قال: سئلت اباعبدالله ﷺ فقلت: ساومت رجلاً بجاریة له فباعنیها بحکمی فقبضتها منه ثم بعثت الیه الف درهم فقلت له هذه الف درهم حکمی علیك ان تقبلها فابی ان یقبلها منّی و قد کنتُ مسستها قبل ان ابعث الیه بالف درهم، فقال ﷺ: اری ان تقوّم الجاریة بقیمة عادلة فان کان اکثر ممّا بعثتها الیه کان علیك ان تردّ علیه ما نقص من القیمة وان کان قیمتها اقل ممّا بعثتها الیه فهو له ... بناء علی فساد البیع بحکم المشتری الذی هو مورد الروایة ... اذ بناءً علی صحته تخرج المساله عن مسئلة المقبوض بالعقد الفاسد ...[۳]]

---

(۱) مقنعه، ص۵۹۳.

(۲) الکافی فی الفقه، ص۳۵۳.

(۳) هدایة الطالب، ص۲۴۱.

قوله: و لعلّهم:

سپس مرحوم شیخ درصدد توجیه برآمده و می فرماید: شاید مراد این جماعت از یوم البیع، یوم القبض باشد [که روز ضمان است و قائل دارد و قبلاً در صحیحهٔ ابی ولّاد بحث شد.] و اگر بپرسید: پس چرا تعبیر به یوم البیع کرده اند؟ خواهیم گفت: برای اینکه معمولاً زمان بیع و زمان قبض یکی است، یعنی همان لحظه که معامله می کنند قبض و اقباض هم صورت می گیرد، بدین جهت تعبیر به یوم البیع کردند. [نظیر یوم المخالفة ویوم الاکتراء که در صحیحه گذشت.]

قوله: فافهم:

شاید اشاره به بُعد این توجیه باشد زیرا این بزرگان اهل فن بوده و روی تعبیر آنان حساب می شود و اگر یوم البیع می گوید یعنی آن روز برایش ملاك است ولی با همهٔ بُعد توجیه، ناچاریم از این حمل زیرا ظاهر کلامشان بیّن الفساد است.

قوله: ثم انّه لاعبرة:

احتمال پنجم و ششم:

اگر مال قیمی که تلف شده پس از تلف هم تا روزی که ضامن قیمت را بدهد [یوم الاداء] کما کان ارتفاع قیمت داشت، آیا این زیادی قیمت را هم ضامن باید بپردازد یا خیر؟ همهٔ فقهاء در قیمیات متفق القول می گویند: ارتفاع قیمت پس از تلف مضمون نیست. ولی در عین حال محقّق در شرایع [۱] در این مورد تردید کرده و فرموده: «فیه تردّدٌ».

حال اگر ارتفاع قیمت پس از تلف را هم مطرح کنیم دو احتمال پدید می آید:

۱ـ شاید مراد این باشد که قیمت یوم الاداء را بدهد.

۲ـ و شاید ملاك اعلی القیم از روز غصب تا روز اداء را باید بدهد.

مرحوم شیخ می فرماید: شاید وجه این تردّد آن باشد که: در قیمیات هم

---

(۱) شرائع الاسلام، ج۳، ص۲۴۰.

ضمان را به مثل بدانیم نه به قیمت که اگر مبنای ما این شد باید بگوئیم: تا روز اداء مثل به ذمّه باقی است و آن روز تبدیل به قیمت می شود و باید قیمتِ آن روز را بدهد، ولی قبلاً گذشت که اصل مبنا را قبول نکرده و گفتیم: این مبناً برخلاف نصوص و فتاوای قوم است و حق آنست که: در قیمیات ضمان به قیمت است نه به مثل.

قوله: ثم انّما ذکرنا:

ارتفاع قیمتِ عین دو گونه است:

۱ـ گاهی بر حسب ازمنه است، یعنی امروز قیمتی دارد، فردا قیمت دیگری، و روز سوّم قیمت سوّمی و ... . به بیان دیگر: یوم الضمان قیمتی دارد و یوم التلف قیمت دیگر و یوم الاداء قیمت دیگر و ... .

۲ـ و گاهی به سبب امکنه است، یعنی در بلد ضمان قیمتی دارد و در بلد تلف قیمت دیگری و در بلد مطالبه قیمت سوّمی و در بلد اداء قیمت چهارمی و ... .

حال مطالبی که تا به حال در رابطه با ارتفاع قیمت بیان کردیم و احتمالاتی که ذکر کردیم [قیمتِ یوم التلف، یوم الضمان، اعلی القیم و ...] تماماً در رابطه با ارتفاع قیمت براساس ازمنهٔ مختلف بود، و امّا اگر ارتفاع قیمت به سبب مکانهای مختلف باشد حکم چیست؟ فرض کنید: غاصب یا مشتری و در یک کلام شخص ضامن عین مضمونه را در شهر قم تحویل گرفته و ضامن شده، سپس آن را به شهر تهران منتقل کرده و در آنجا تلف شده، سپس مالک اصلی ضامن را در اصفهان یافته و عوض مالش را مطالبه می کند و ... وعلی الفرض قیمت جنس در هر یک از شهرها با شهر دیگر تفاوت دارد، در اینجا ملاك کدام بلد است؟

می فرمایند: به نظر ما مکان تلف ملاك است و در هر شهری تلف شده باید

به قیمت همانجا محاسبه شود، و دلیل ما عبارتست از :

ضمان یعنی تدارك و از عهدهٔ دَرَكْ و خسارت برآمدن، و تدارك هر چیزی برحسب مالیّت و ارزش آن شیئی است، و گرنه تا مالیّت جبران نشود تدارك صدق نمی کند «صغری».

و مالیّت اشیاء برحسب اماکنِ مختلف فرق دارد و متفاوت است «کبری».

پس تدارك هم برحسب امکنه متفاوت است «نتیجه».

پس باید قیمت بلد تلف را بدهد تا عرفاً تدارك صدق کند و اهل بلد بگویند: بلافاصله جای خالیِ عین را پر کرد بگونه ای که گویا عین تلف نشده است، پس قیمت بلاد دیگر مطرح نیست.

قوله: ثم انّ جمیع:

بطور کلّی ارتفاع قیمتِ عین از جهت منشأ ارتفاع سه گونه است:

۱ـ گاهی بالابودن قیمت بخاطر اینست که: جنس در بازار کمیاب شده و شخصی که آن را دارد بدون اینکه قیمت بازار ترقّی کرده باشد و بناحق گران می فروشد و ده برابر قیمت می دهد بگونه ای که عقلاء در خریدنِ آن رغبت نمی کنند. این قسم از ارتفاع قیمت سابقاً در امر پنجم حکمش بیان شدَ: که ملاك نیست زیرا اجحاف و ظلم فاحش در حقّ ضامن است.

۲ـ و گاهی ارتفاع قیمت برای اینست که: قیمت بازار ترقّی کرده و نرخ روز این متاع فلان مبلغ است. این قسم هم تا به حال حکمش روشن شد و احتمالات و اقوالی که گفتیم در این فرض بود.

۳ـ و گاهی بالارفتن و زیاد شدن قیمت از پیدا شدن زیاده و افزایشی در خود عین سرچشمه می گیرد و زیادة العین سبب ارتفاع قیمت می گردد، [این بخش را مرحوم شیخ به اجمال برگزار کرده ولی ما تفصیلاً و همهٔ شقوق را با احکام آنها ذکر می کنیم:] این زیاده خود دو شعبه دارد:

۱ـ گاهی زیادیِ منفصل و جدای از خود عین است [نمائات منفصل] مانند میوهٔ درخت، برّهٔ گوسفند، شیر و پشم و کرك و موی حیوان و ... این قسم از زیاده و نماء تابع خود عین است و همانگونه که غاصب یا مشتری خود عین را ضامن است اینها را هم ضامن است، اگر مثلی باشند ضامن به مثل است و اگر قیمی باشند به قیمت آنهم با اختلاف اقوالی که بیان شد.

۲ـ و گاهی زیادی متّصل و چسبیده به خود عین و جزء خود عین است، که این خود دو بخش دارد:

۱ـ جزء کمّی همانند رشد و نموّ درخت، چاقیِ گوسفند و ... .

۲ـ جزء کیفی همانند خیاطت و بنائی و کتابت عبد و ... که نزد ضامن پیدا کرده است.

حال حکم زیادیِ متصل به هر دو قسمش آنست که:

اگر بعداً عین را در حالی که واجد اجزاء مذکور است به مالک مسترد کرد که بحثی نیست و ضامن بریئ الذمّه می شود، و ضمناً بابت علوفه و مخارج دیگر حق ندارد به مالک مراجعه کند.

چنانکه قبلاً در صحیحهٔ ابی ولاّد آمده بود: فقد علفته بدراهم فلی علیه علفه؟ قال عليه السلام: لا، لانّک غاصب، و اگر بعداً عین مال تلف شد چه در حال چاقی و وجدان اجزاء مذکور و چه در حال لاغری و فقدان اجزاء مذکور، باید قیمت یک گوسفند چاق و یا یک عبد کاتب و ... را بپردازد.

و اگر بعداً حیوان لاغر شد یا عبد وصف کتابت را فراموش کرد و فاقد اجزاء کمّی و کیفی شد و خود آن را به مالک ردّ کرد باید قیمت آن اجزاء فائته و تالفه را بپردازد، زیرا وقتی مثلاً چاقی پیدا شد و حیوان ۲۰ کیلوئی ۳۰ کیلو شد تمام اینها مال مالک اصلی است و سپس که لاغر می شود به همان نسبت از اجزاء کم شده و هر حکمی کلّ داشت اجزاء دارند پس قیمت جزء تالف را ضامن است، منتها این

بحث مطرح می شود که: قیمت چه روزی؟ آیا روزی که چاقی حادث شد که روز ضمان به جزء است؟ یا روزی که لاغر شد که یوم التلف جزء است؟ و یا أعلی القیم از روز ضمان تا روز تلف جزء؟ اینها همان مباحثی است که مبسوطاً گذشت.

بدل حیلوله

قوله: ثمّ انّ فی حکم:

به طور کلّی ما در باب مثلّیات و قیمیّات و ضمان آنها چهار عنوان داریم:

۱ـ عنوان تلف و هلاکت: اگر متاع تلف شد حکمش چیست؟ مطالبی که در امر چهارم و پنجم و ششم و در امر هفتم تا اینجا بیان کردیم تماماً حکم تلف بود، که شخص ضامن است و اگر مالِ تالف مثلی بود باید مثل آن را بدهد و اگر قیمی بود قیمت را، با آنهمه اقوال و اِحتمالاتی که داشت.

۲ـ عنوان تعذّر وصول: یعنی کالا تلف نشده، و موجود است ولی فعلاً دسترسی به آن نداریم، فی المثل انگشتر کسی نزد شما بود و در دریا افتاد و غرق شد، مال کسی نزد شما امانت یا رهن بود و شما کوتاهی کردید و آن مال گم شد، عبد کسی نزد شما بود و در اثر افراط یا تفریط آبق و فراری شد، کبوتر کسی پرید و... که در همهٔ این موارد مال تلف نشده ولی دسترسی به آن نداریم. حال آیا تعذّر وصول هم در حکم تلف است؟ می فرماید: آری محکوم به همان حکم است و این نیز موجب ضمان به مثل یا قیمت است. [البته بدل حیلوله است که موقّتی و تا زمان وصول به عین است وسیأتی مفصّلاً] و دلائل ضمان در مجموع چهار دلیل است:

۱ـ قاعدهٔ ید: این قاعده می گوید: تا خود عین هست باید آن را ردّ کنی و وقتی عین نبود باید بدل را ردّ کنی.

۲ـ قانون لا ضرر: اینکه بگوئیم: مالک باید صبر کند و انتظار پیدا شدن مال را بکشد، در حقّ او ضرر است و قانون لا ضرر آن را نفی می کند، پس حق دارد صبر نکند و بدل را مطالبه کند.

۳ـ قاعدهٔ سلطنت: مالک بر مالش سلطنت مطلقه دارد و از شئون سلطنت کذائی حق مطالبه است. [تا عین موجود است خود آن را و وقتی تلف شد بدلش را]

۴ـ اخبار پراکنده در باب امانتهای مضمونه [در اثر افراط یا تفریط] که می گوید: اگر این امانت در اثر افراط یا تفریط گم شد یا به سرقت رفت یا غرق شد و... امانت دار ضامن است و مورد تمام اینها تعذّر وصول است، پس تعذّر وصول سبب ضمان است [به بخشی از اخبار خاصه اشاره می کنیم:

۱ ـ عن اسحاق بن عمار قال: سألت اباالحسن علیه السلام عن رجلٍ استودع رجلاً الف درهم، فضاعت، فقال الرجل كانت عندی وديعة و قال الآخر: انّما كانت عليك قرضاً قال: المال لازم له الاّ ان يقيم البيّنة انّها كانت وديعة.

۲ـ عن ابن محبوب قال: كتب رجلٌ الى الفقيه علیه السلام: رجل دفع الى رجل وديعة و امره ان يضعها فی منزله او لم يأمر، فوضعها فی منزل جاره فضاعت، فهل يجب عليه اذا خالف امره و اخرجها عن ملكه؟ فوقّع علیه السلام: هو ضامن لها انشاءالله.

۳ـ و عن ابان بن محمد عن ابی جعفر علیه السلام قال: سألته عن العارية يستعيرها الانسان فتهلك او تسرق؟ قال فقال: اذا كان اميناً فلا غرم عليه و... .[1]]

---

(۱) مصباح الفقاهة، ج۳، ص۲۰۹، پاورقی و حاشیهٔ سیّد، ص۱۰۶.

قوله: و هل یقیّد:

ضابطهٔ تعذّر وصول چیست؟ چهار وجه در این رابطه ذکر می کنند:

۱ـ ملاك تعذّر وصول عبارتست از: یأس و نومیدی از دسترسی به مال و به عبارت دیگر: اطمینان به عدم وصول، یعنی ضامن اطمینان و علم عادی دارد که متمکّن از عین نخواهد شد.

۲ـ ملاك عبارتست از عدم رجاء وجدان یعنی به حدّ یأس و نا امیدی کامل نرسیده ولی چندان امیدی هم به یافتن آن ندارد، و به عبارت دیگر: ظنّ به عدم وصول دارد که اعمّ از اطمینان است.

۳ـ ملاك اینست که: فعلاً دسترسی ندارد ولو یقین دارد که در آینده و پس از مدت مدیدی [مثلاً پس از پنج ماه، یکسال و ...] به عین خواهد رسید، ولی این مدّت بقدری طولانی است که صبر کردن و انتظار کشیدن باعث ضرر بر مالک است.

۴ـ ملاك اینست که فعلاً دسترسی ندارد ولی یقین دارد که در آینده حتی پس از مدّت کمی [مثلاً چند روز یا چند ساعت دیگر] به عین خواهد رسید و از آن متمکن خواهد شد، ولی باز هم به لحاظ حال فعلی وی ضامن است و باید بدل را بدهد.

مرحوم شیخ می فرماید: اگر ما ظاهر اخبار متفرّقه در باب امانات را ملاك و دلیل قرار دهیم از آنها وجه اوّل و دوّم مستفاد است. و ملاك تعذّر، خاص و مضیّق است و صورت سوم و چهارم را که علم به وجدان دارد شامل نیست. ولی ظاهر اطلاق فتاوی و عموم علی الید، دائرهٔ تعذّر را توسعه داده و حتی وجه چهارم را شامل است که به طریق اولی وجوه قبلی را می گیرد.

بیان ذلک: امّا عموم علی الید: [طبق نسخهٔ مکاسب کلمهٔ وقاعدة الید نیست ولی طبق بیان محشیّن بدنبال اطلاق الفتاوی و قاعدة الید دارد.] اطلاق آن این

فرض اخیر را هم که فعلاً متعذر است شامل می شود و حکم به ضمان می کند.

و امّا اطلاق فتوی: اگر شخصی تخته ای را از دیگری غصب کرده و آن را در بدنهٔ کشتی بکار ببرد و در وسط دریا مالک اصلیِ تخته پیدا شود و مالش را مطالبه کند، اگر چنانچه خوف از خطر و ضرر مالی یا جانی برای مسافرین نباشد، یا خوف مالی بر خود غاصب باشد، وی می تواند همانجا مال خود را مطالبه کند و از بدنهٔ کشتی جدا سازد، ولی اگر خوف از ضرر مالی در حقّ مسافرین باشد، حق ندارد مالش را بگیرد، در چنین فرضی فعلاً دسترسی به عین متعذّر شده، .

و فقهاء فرموده اند: غاصب باید قیمت چوب را به عنوان بدل حیلوله بدهد تا وقتی که به ساحل برسند که در آنجا مالک اصلی قیمت را برمی گرداند و چوبش را می گیرد.

حال حضرات فقهاء در این فرع فقهی به قول مطلق فرموده اند: قیمت را ضامن است و ضمان به قیمت منتقل می شود و تقیید نکرده اند که: مدّت غصب طولانی باشد یا کوتاه، یأس باشد یا نه، ظن به عدم باشد یا نه، اطلاق کلام وجه چهارم را هم که از همه عامتر است می گیرد و این ملاك است.

قوله: ویؤیّده:

مؤیدی هم برای وجه چهارم ذکر می کنند: ضمان به بدل در فرض چهارم، به مقتضای جمع بین دو حق است و الجمع مهما امکن اولی:

۱ـ مالک هر زمانی بخواهد به حکم قانون سلطنت حق مطالبه دارد.

۲ـ ضامن در فرض تعذّر فعلی قدرت بر ردّ عین ندارد.

جمع بینهما ایجاب می کند که فعلاً ردّ بدل کند تا وقتی که عین بدست او برسد، آنگاه خود عین را ردّ کرده و بدل و قیمت پرداخت شده را پس می گیرد.

نظیر این مطلب سابقاً در مثل متعذّر گفته آمد که مالکِ مثلی می تواند صبر کند و می تواند مطالبه کند و اگر مطالبه کرد ضامن باید قیمَت را بدهد، و اگر داد

ضمانت اسقاط می شود و این همه براساس جمع بین حقّین است.

قوله: نعم:

اگـر چه وجـه چهـارم را ترجـیح دادیـم ولی باید بـدانیم کـه گـاهی مـدّت خیلی خیلی کم است [فرضاً تا غروب دسترسی به عین پیدا می شود.] بگونه ای که برای این مدّت کم عرف نمی گوید: مـالک متضرر می شـود و ضامن باید از عـهده برآید و غـرامت بپردازد، بلکه عـرف این را میسور به حـساب می آورد نـه متـعذّر، حال در چنین فرضی حکم به ضمان مشکل است:

وجـه اشکال: از طرفی عـمـوم الـناس مـسلطون این فـرض را هم شـامل می شود، پس حقّ مطالبه مـحفوظ اسـت و وی ضـامن است. و از طرفی اینجا عرفاً صدق می کند کـه فلانی متمکّن از عین است و با تمکن از عین انـتقال ضمان به قیمت مقتضی ندارد.

قوله: ثم الظاهر:

تعذّر وصول از یک نظر دو نوع است:

۱ـ تعذّر عقلی: عقلاً تعـذّر در مقابل تعسّر است و تعسّر یـعنی وصول به عین دشوار است ولی تعذّر یعنی وصول به آن محال و ناممکن است. و منظور از تعذّر عقلی آنست کـه: بالفعل و بالقـوّه وصول به عین ممکـن نباشد، و وی یقـین دارد که هرگز به عین دسترسی پیدا نخواهد کرد.

۲ـ تعـذّر عـرفی: عـرفـاً تعـذّر اعمّ بوده و تعـسّر را هم شـامل اسـت، یعنی فـعلاً دسـترسی به عـین نداریم اگـر چه بالقـوّه و پس از مـدّتی سـعی و کـوشش دسترسی پیدا می شود.

حـال بـلاشک تعـذّر وصـول سـبب ضـمـان به بدل حـیلوله است، ولـی کـدام تعذّر؟ تعذّر عقلی؟ یا عرفی؟

شیخ می فرماید: به نظر مـا آن تعـذّری کـه مسقط تکلیف به ردّ عـین می باشـد

[یعنی تعذّر عقلی] معتبر نیست و ملاك در ضمان نیست، بلکه اگر وصول به عین هم ممکن باشد [منتها با مقداری سعی و کوشش] و از باب مقدمهٔ واجب در مقام سعی و کوشش و جستجو برای یافتن هم برآمده باشد باز در مدّت سعی و تا متمکن از عین نشده قیمت ساقط نیست و باید بدل حیلوله را بدهد، یعنی ملاك تعذّر عرفی است نه عقلی، [دلیل ایشان همان اطلاق فتوی در لوح مغصوب و اطلاق علی الید و مانند آن است.]

و لکن عدّه ای از فقهاء[1] تعبیر به تعذّر کرده اند و فرموده اند: اذا تعذّر الوصول... قیمت واجب می شود و اطلاق کلام آنها بر تعذّر عقلی حمل می شود، و ظاهرش آنست که تعذّر عقلی موجب ضمان است.

مرحوم شیخ می فرماید: از قضا همین تعذر عقلی با اصول و قواعد موافقتر و سازگارتر است. بیان مطلب: اصل اوّلی آنست که هیچکس بر دیگری سلطنت نداشته و حق الزام ندارد، از جمله مالک هم بر ضامن مسلّط نبوده و نمی تواند او را ملزم کند، مگر در صورتی که عین مالِ مالک را غصب کرده و بناحق گرفته که در این صورت حق الزام نسبت به خصوصِ ردّ العین پیدا می کند و می تواند ضامن را به ردّ عین مجبور کند پس اصل اوّلی آنست که فقط نسبت به ردّ عین حقّ الزام دارد نه نسبت به ردّ بدل، آنگاه الزام به ردّ بدل خلاف اصل است و باید به قدر متیقن اکتفا شود، و قدر متیقن از جواز الزام به بدل فرض تعذّر عقلی عین است، آنگاه این فرض از اصل عدم سلطنت بر الزام خارج می شود و بقی الباقی یعنی فرض تعذّر عرفی در تحت اصل می ماند و با تعذّر عرفی جای الزام به بدل نیست یعنی تعذر عرفی سبب ضمان نیست و باید تعذر عقلی حاصل شود.

قوله: فتأمل:

اشاره به اینکه: با وجود عموماتی از قبیل: الناس مسلطون علی اموالهم،

---

(۱) شرائع الاسلام، ج۳، ص۲۴۱.

علی الید ما اخذت حتی تؤدّی، لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام، نوبت به اصل مذکور نمی رسد و الاصل دلیل حیث لا دلیل، و عمومات تعذّر عرفی را ملاك قرار داد و نه عقلی را.

قوله: ولعلّ:

در اینجا درصدد توجیه کلام بعض برآمده و می فرمایند: شاید مراد این بعض هم از تعذّر، تعذّر فعلی و فی الحال است که همان تعذّر عرفی است نه تعذّر عقلی، حال منشأ تعذّر فی الحال هر چه باشد، مدت زمانی لازم دارد تا پیدا شود و به خاطر آن ذی المقدّمه به تأخیر می افتد یا جهات دیگر باشد.

نتیجه: تعذر عرفی ملاكِ ضمان است.

قوله: ثم انّ:

هم در فرض تلف عین ضمان به بدل ثابت شد و هم در فرض تعذّر وصول، به عبارت دیگر: هم تلف سبب ضمان به بدل است و هم تعذّر سبب ضمان به قیمت است، با این تفاوت که: در فرض تلف عین قیمت متعیّن شده و ضامن حق دارد آن را بپردازد و ذمّهٔ خویش را فارغ سازد و مالک اصلی هم حق ندارد از قبولِ قیمت امتناع بورزد.

ولی در فرض تعذّر وصول اختیار دست مالک است، اگر از ضامن مطالبه نمود او باید قیمت و بدل را بدهد، ولی اگر مطالبه نکرد و گفت من فعلاً صبر می کنم تا عین مالم یافت شود، ضامن حق ندارد او را به اخذ قیمت ملزم ساخته و بگوید: قیمت را بگیر و خیال مرا راحت کن.

[نظیر تعذّر مثل در مثلیّات که مالک حق دارد صبر کند تا مثل یافت شود و ضامن حقّ اجبار ندارد.] شیخ طوسی هم در کتاب مبسوط[1] به این امر تصریح کرده و دلیل مطلب هم قاعدهٔ سلطنت است که می گوید: مالک بر مالش مسلّط

---

(۱) مبسوط، ج۳، ص۹۵.

است و کسی نمی تواند او را مجبور سازد، او مختار است در اینکه صبر کند و انتظار بکشد و یا مطالبه بدل نماید.

۳ـ قوله: وکما انّ:

در اوّل بدل حیلوله گفتیم: سه عنوان داریم ۱ـ تلف که مبسوطاً حکمش بیان شد.

۲ـ تعذّر وصول که در مقام بیان احکام آن هستیم.

۳ـ خروج از مالیّت که در این فراز مطرح است: اگر عین مال موجود است و دسترسی هم داریم ولی به کلّی از قیمت و ارزش و مالیّت افتاده مثل مشک آب در کنار یک رودخانه آب، برف در زمستان و... چه حکمی دارد؟

می فرماید: همانگونه که تعذّر در حکم بود، هکذا خروج از مالیّت و سقوط از قیمت هم حکم تلف را دارد و موجب ضمان به بدل می گردد.

قوله: ثمّ انّ:

در فرض تعذّر که ضامن است و بدل حیلوله را باید بدهد، حال بدل حیلوله را داد در اینجا دو بحث مطرح می شود: ۱ـ راجع به خود این مال مبذول به عنوان بدل ۲ـ راجع به عین مال که موجود ولی متعذّر الوصول است:

امّا راجع به بدل: آیا مالک اصلی پس از اخذ بدل از ضامن، این بدل را مالک می گردد؟ یا فقط اباحهٔ تصرّف پیدا می کند؟ عدّه ای از قبیل: شیخ طوسی در مبسوط[۱] و خلاف[۲] و سیّد بن زهره در غنیه[۳] و ابن ادریس در سرائر[۴] ادّعای اجماع و نفی خلاف کرده و فرموده اند: لاخلاف در اینکه: مالک این بدل را

---

(۱) مبسوط، ج۳، ص۹۵.
(۲) خلاف، ج۳، ص۴۱۲.
(۳) غنیة النزوع، ص۵۳۸.
(۴) سرائر، ج۲، ص۴۸۶.

مالک می‌شود و در ملک او داخل می‌شود، و ظاهر این تعبیر هم نشان می‌دهد که منظور نفی خلاف میان همهٔ مسلمانان از شیعه و سنّی است [چون نفی خلاف را مطلق آورده و مقید نکرده‌اند به اینکه: لاخلاف عندنا و ...]

مرحوم شیخ می‌فرماید: شاید وجه این قول آن باشد که: ضمان یعنی تدارك، و در ما نحن فیه تدارك صدق نمی‌کند مگر به دخول در ملک، یعنی تا بدل ملک مالک نشود، عقلاء نمی‌گویند: تدارك کرد و از عهده برآمده، پس باید ملک باشد تا تدارك صدق کند. [این دلیل بعداً در اقول ... ردّ خواهد شد].

قوله: و لولا:

عمده دلیلِ ملکیت بدل دو امر است:

۱ـ اجماع که در بالا اشاره شد.

۲ـ ادلّه و اخبار غرامت و ضمانت در ابواب ضمانات که ظهور در تملکِ بدل دارند.

حال اگر این دو دلیل نبود جا داشت کسی این احتمال را بدهد [و بلکه قاطع شود] که مال مبذول به عنوان بدلِ حیلولة ملک مالک اصلی نمی‌شود و تنها اباحهٔ تصرّف دارد و حق دارد موقّتاً به جای انتفاع از عین متعذّر، از این بدل منتفع شود، آنهم حق هر نوع تصرّفی دارد و اباحهٔ مطلقه است یعنی حتّی تصرفات متوقف بر ملک هم برای مالک جایز و مباح است [از قبیل: عتق، وطی، بیع، هبه و ...] نظیر آنچه در معاطات گذشت که علی المشهور مفید اباحهٔ تصرف بود و بحث شد که آیا اباحهٔ مطلقه؟ یا مقیّد به تصرّف غیر ملکی؟ و دلیل این احتمال در اقول ... خواهد آمد.

آنگاه بنابراین احتمال مادامی که عین متعذّر موجود است، بدل به ملک مالک داخل نمی‌شود، و دخول در ملک مشروط به تلف عین است، و اگر عین قبل از ردّ به مالک تلف شد، این بدل را مالک می‌شود، والاّ فلا، حال ما این مطلب را

به عنوان یک احتمال ذکر کردیم ولی محقّق قمی در کتاب اجوبة المسائل[۱] بدان قاطع شده و حکم به عدم ملکیّت بدل نموده است.

قوله: وعلّی ایّ حال:

تا به حال حکم بدل روشن شد، حال می گوئیم: علی ایّ حال یعنی چه بدل در ملک مالک اصلی داخل بشود یا نشود، در هر حال عین متعذّر کمّا کان به ملک مالک اصلی باقی است و از ملک او به ملک ضامن منتقل نمی شود.

سئوال: آیا این امر جمع میان بدل و مبدل، عوض و معوّض در ملک یک نفر نیست؟ و آیا جمع بینهما برخلاف قانون معاوضه نیست؟

جواب: اصولاً این معاوضه نیست و بدل بدل عین نیست تا مبدل جای بدل را بگیرد، بلکه بدلِ حیلوله از عین است و یک غرامت و خسارت و ضمانت است که حکم شرعیِ خَاصّی است و باید بپردازد، و محذور بالا هم لازم نمیآید.

تنظیر: همانطور که در فرض تلف عین، بدل و قیمت عوض عین نیست و معاوضه ای صورت نمی گیرد و گرنه معامله بین موجود و معدوم می شود که قطعاً باطل است. بلکه یک حکم شرعی است که از ادلّهٔ ضمان و غرامت مستفاد است. هکذا در ما نحن فیه که فرض تعذّر عین باشد. [و نظیر دیهٔ قتل یا جراحت که عوض از مقتول و... نیست بلکه حکم شرعیِ خاصّی است که باید پرداخته شود.]

قوله: وقد استشکل:

به نظر ما و مشهور عین متعذّر به ملک مالک اصلی باقی می ماند و به ضامن منتقل نمی شود ولی جناب محقق ثانی و شهید ثانی در این حکم اشکال کرده اند:

امّا محقق ثانی[۲]: وی فرموده: در اینجا اشکالی به نظر می آید و آن اینکه:

---

(۱) جامع الشتات، ج۱، ص۱۵۲.

(۲) جامع المقاصد، ج۶، ص۲۶۱.

چگونه است که ضامن باید قیمت را بپردازد، و مالک اصلی یا گیرنده هم آن را مالک می شود، و در عین حال عین متعذّر هم در ملک مالک اصلی باقی می ماند؟ [آیا این جمع بین عوض و معوّض نیست؟] سپس دفع دخل کرده.

اگر کسی بگوید: این بدل از خود عین نیست بلکه بدل از حیلوله است، و منافاتی ندارد که مالک اصلی هم مالک عین باشد و هم بدل.

ما در جواب می گوئیم: بدل حیلوله دیگر چه صیغه ای است؟ برای ما که معنای آن روشن نیست، آنچه ما از بدل می فهمیم بدل از خود عین است نه از حیلوله.

و امّا شهید ثانی: وی فرموده: این مطلب که عین به ملک ضامن منتقل نمی شود، مبتلا به اشکال است، و آن اینکه: بدون هیچ دلیل واضح و روشنی جمع میان عوض و معوض در ملک مالک اصلی شده و این جایز نیست.

سپس راهی را پیشنهاد کرده که ملک متزلزل باشد یعنی بگوئیم: فعلاً هر کدام از مالک و ضامن نسبت به بدل و عین یک ملک متزلزل دارند یعنی مالک اصلی مالک بدل است و ضامن هم مالک عین ولی ملکیت هر دو متزلزل است که اگر بعداً عین تلف شد ملکیّت مالک نسبت به بدل مستقر می شود و قبل از آن تنها حق تصرف دارد، و اگر عین یافت شد که ملکیّتهای متزلزل بهم خورده و عین به مالک اصلی و بدل به ضامن برمی گردد.[۱]

و محقّق سبزواری هم در کفایة الاحکام[۲] همین راه را پسندیده است.

قوله: اقول:

مرحوم شیخ در یک تحلیل جانانه می فرمایند: سخنی که شایستهٔ گفتن باشد اینست که: در فرض تعذّر قطعاً ضمان هست، و ضمان به معنای تدارك کردن و

---

(۱) مسالک الافهام، ج۲، ص۲۶۲.
(۲) کفایة الاحکام، ص۲۵۹.

خسارت دادن و غرامت کشیدن است یعنی اگر عین تلف شد ضامن باید خسارت بدهد و از مال او تلف شده و از جیب او رفته است. و لازمهٔ این امر آنست که پس باید به اندازهٔ مال تالف، از مال ضامن بجای آن بیاید و قائم مقام آن شود تا عرف گوید: این مال از کیسهٔ او خارج شد و ضرر به او وارد شد نه به مالک، [این اصل معنای ضمان] آنگاه ذهاب عین دو گونه است:

۱ـ گاهی به نوع تلف است یعنی عین در دست ضامن تلف شد چه تلف حقیقی [مثل اینکه حیوان مرد، یا شیشه شکست و ...] و چه تلف عرفی [مثل آب در کنار شط، فاسد شدن گوشت، یخ در زمستان که عرفاً ارزشی نداشته و آن را مال به حساب نمی آورند.] و چه تلف شرعی [مثل موطوئه شدن گوسفند که سبب سوزاندن آن گردیده و از حالا تالف شرعی است.]

در این فرض هم مالیّت رفته و هم سلطنت مالک منقطع شده و هم ملکیّت منتفی شده، و بدلیّت بدل به اینست که جای خالی را از هر جهت پرکند و قائم مقام مال تالف شود یعنی از حیث مالیّت و سلطنت و ملکیّت باید جبران کند و این به دخول بدل در ملک طلقِ مالک اصل است. و تدارك در این فرض به دخول در ملک محقّق می شود.

۲ـ و گاهی به نوع تعذّر و منقطع شدنِ سلطنت مالک از مال و فوت شدنِ انتفاعات او از عین است یعنی تلف نشده ولی در دست ضامن گم شده یا غرق شده و ... که فعلاً یا برای همیشه مالک بر عین سلطه ندارد و نمی تواند در آن جهاتی که عین دارای منافع است از آن سود ببرد در چنین فرضی بدلی که پرداخت می شود باید مطابق با مبدل بوده و جای خالیِ آن را پرکند و جای خالی در مالیّت و سلطنت است نه در اصل ملکیّت، ملکیت که از بین نرفته بلکه به حال خود باقی است، انتفاعات، تصرفات، سلطنت منتفی شده و باید جای خالی آن را پرکند.

اینجا است که تدارك کردن و بدل دادن موجب دخول آن در ملک مالک

نیست، آری در تحت اختیار او است و برای او جایز التصرف است ولی ملک نیست، و عرفاً تدارك در این فرض به این نحو است نه بیشتر.

قوله: نعم:

در فرض تعذّر عین، مهّم تدارك سلطنت فائته و مسلّط کردن مالک بر بدل و ایجاد سلطنت مطلقه برای او است، و لکن از آنجا که سلطنت مطلقه متوقف برملک است [زیرا بخشی از دخل و تصرّفها مخصوص مالک است و بدون ملکیّت حاصل نمی شود، از قبیل: بیع، عتق، وطی و... که لا بیع الاّ فی ملکٍ ولا وطی الاّ في ملک ولا عتق الاّ فی ملک و...] ناگزیر به مالک شدنِ وی نسبت بهِ بدل حکم می شود، و می گوئیم: مالک اصلی این بدل را تمَلّک می کند، امّا مالک شدن موضوعیتی ندارد، بلکه بهانه و زمینه ای برای تحقّق تدارك است که تا مالک نشود سلطنت مطلقه پیدا نمی کند و تا سلطنت نیاید تدارك صدق نمی کند.

قوله: وعلی ایّ تقدیر:

چه بگوئیم: مالک اصلی بدل را مالک می شود، و چه بگوئیم: صرفاً سلطنت مطلقه پیدا کرد و اباحهٔ تصرّف درست می شود، در هر حال تردیدی نیست که عینِ متعذّر در ملک مالک اصلی باقی می ماند.

[چون **اوّلاً** بدل بَدل حیلوله است نه بدل عین.

ثانیاً غرامت یک حکم شرعی است نه یک معاوضه.

ثالثاً بر فرض شک استصحاب بقاء ملک جاری می شود.] و جای تردید نیست، سخن در بدل است که به ملک مالک اصلی در می آید؟ یا در ملک ضامن باقی می ماند؟ در باب بدل هم اباحهٔ مطلقه و سلطنت مطلقه مسلّم ولا ریب فیه است و گرنه تدارك صدق نمی کند، پس حتّی نسبت به تصرفهای وابسته به ملکیت هم مجاز است.

ولی سخن در اینست که: از اوّل امر که بدل را به مالک داد، وی مالک بدل

می شود تا بتواند سلطنت مطلقه خود را اعمال کند؟ یا از هنگام شروع در تصرف ملکی و یک آن قبل از آن ملکیّت می آید؟ این مبحث سابقاً در باب معاطات مبسوطاً بحث شد و حق این بود که ملکیّت آنی و یک آن قبل از تصرّف درست می شود نه ملکیّت از ابتداء امر، و دلیل مطلب جمع میان ادلّه بود. [دلیل سلطنت مطلقه، دلیل استصحاب بقاء ملک ضامن بر بدل، دلیل لا بیع ولا عتق ولا وطی و .... الاّ فی ملک]

قوله: ثمّ انّه:

عین مال که متعذّر الوصول شده گاهی بگونه ای است که جمیع انتفاعات و یا دست کم معظم انتفاعات آن متعذّر شده و سلطنت مالک نسبت به آن منقطع شده است و گاهی بگونه ای است که بخشی از انتفاعات آن متعذّر شده و دست مالک از آن کوتاه شده و گرنه نوع منافعِ آن میسور است.

حال مطالبی که تا به حال گفته آمد که آیا بدل به ملک مالک در می آید؟ یا در ملک با ذل و ضامن باقیمانده و مالک حق تصرّف و سلطنت مطلقه دارد؟ تمام اینها مربوط به فرض اوّل یعنی تعذّر جمیع یا مُعظم انتفاعات بود.

و امّا در فرض دوّم و تدارك بخش قلیلی از منافع عین، چنین بدلی نه در ملک مالک داخل می شود و نه مالک بر آن سلطنت مطلقه پیدا می کند. [زیرا این در واقع بدل نیست و تدارك بر آن صدق نمی کند، چون تدارك در جائی است که: چیزی از بین برود و این بدل قائم مقام آن شود و در فرض مذکور که چیزی منتفی نشده نه ملکیّت و نه مالیّت و نه سلطنت مطلقه، تنها نسبت به برخی انتفاعات غیر اصلی محدودیّتی پیش آمده]

حال در چنین فرضی اگر شارع مقدس فرمود: باز هم ضامن باید تمام قیمت عین را کامل بپردازد می گوئیم: این حکم شرعی از باب تعبّد محض که بعید است، لابدّ از باب معاوضه است، یعنی کاشف از اینست که: شارع این را

معاوضه حساب کرده و ضامن تمام قیمت را داده و در عوض عین مال به ملک او منتقل شده است، و این قانونی است.

قوله: ولذا:

شاهد بر معاوضه بودن و انتقال عین به ضامن این فرع فقهی است که اگر شخصی حیوانِ دیگری را [منظور حیواناتی از قبیل: قاطر و الاغ و مانند آن است که هدف از معاملهٔ آنها رکوب و بارکشی است، نه حیواناتی از قبیل: گوسفند و... که مقصود لحم و لبنِ آنها هم هست و حکم آنها سوزاندن است] وطی کرد، حکم حیوان آنست که نفی بلد شودو او را از بلد وطی تبعید کنند و در بلاد دیگر که کسی از سرّ او خبر ندارد بفروشند تا سبب تعییر و سرزنش و سرافکندگیِ واطی و مالک نباشد.

حال در اینجا به مجرّد وطی، غاصبِ واطی باید تمام قیمت آن را بدهد و فقهاء از این حکم استظهار کرده اند که: پس وی مالک حیوان می شود. یعنی معاوضه را فهمیده اند.

[متن روایت:

عن سدیر، عن ابی جعفر عليه السلام فی الرّجل یأتی البهیمة، قال: یجلّد دون الحدّو یغرم قیمة البهیمة لصاحبها لانّه افسدها علیه و تذبح و تحرق ان کانت ممّا یؤکل لحمه، وان کانت ممّا یرکب ظهره غرم قیمتها وجلّد دون الحدّواخرجها من المدینة التی فعل بها فیها الی بلاد اخری حیث لا تعرف، فیبیعها فیها کیلا یعیّر بها صاحبها.[1]]

با اینکه با نفی بلد و بیع در بلاد دیگر، مالیّت منتفی نشده، تنها استفاده کردن از آن و سوار شدن یا بارکشیدن در بلد وطی ممنوع شده است، معذلک حکم به پرداخت کلّ قیمت شد، پس لازمه اش آنست که خود حیوان در ملک واطی

---

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۸، ص۵۷۱، باب اوّل از ابواب نکاح بهائم حدیث چهارم.

داخل شود.

قوله: هذا کلّه:

همانطور که قبلاً ذکر شد، چهار عنوان وجود دارد:

۱ـ عنوان تلف: در این فرض هم سلطنت مالک منقطع شده و هم مالیّت از بین رفته و هم ملکیّت و لذا بدلی هم که می دهد باید جای خالیِ تمام اینها را پر کند تا حقیقتاً تدارك صدق کند.

۲ـ عنوان تعذّر: در این فرض ملکیّت و مالیّت از بین نرفته و جای آندو در ملک مالک خالی نیست و تنها سلطنت مطلقه منقطع شده است که بدل هم باید جای خالیِ سلطنت را پر کند و قائم مقام آن شود و امّا ملک مالک شدن محلّ بحث بود که گذشت.

۳ـ خروج از قیمت یا سقوط از مالیّت: عین مال موجود است و سلطنتِ مالک بر آن هم منقطع نشده، و ملکیّت او هم از بین نرفته و تنها مالیّت و ارزش منتفی شده و عین مال در دست ضامن به کلّی از قیمت افتاده.

و نظیر ماء برشاطی، و ثلج در شتاء گردیده حکم این فرض آنست که: به حکم قانون ضمان و تدارك باید تمام قیمت عین را بپردازد، و بدل در ملک مالک داخل می شود، ضمن اینکه عین مال کما کان به ملک مالک باقی است. و دلیل بقاء عین در ملک مالک آنست که: بدلی که پرداخت شده عوض از خود آن عین نیست تا در عوض عین هم از ملک مالک خارج و به ضامن منتقل شود تا جمع بین عوض و معوض لازم نیاید بلکه بدل بدل اوصاف و اجزائی است که با فوات آنها عین هم از قیمت و ارزش خارج گردیده است.

قوله: کما فی الرطوبة:

در اینجا فروعات زیادی را به عنوان شاهد مثال می توان آورد، ولی فعلاً دو فرع در کلام شیخ مطرح شده: [و دو فرع دیگر در مصباح الفقاهة ج۳ ص۲۱۸ و

۲۱۹ مطرح شده]

۱ـ شخصی جاهل به غصب بود و با آب غصبی وضو ساخت، در اثناء وضو و پس از تکمیل غَسَلات آگاه به غصبیت شد، و طبق علی الید... ضامن شد و قیمت آب را هم داد، ضمناً آب مذکور با مصرف کردن از قیمت افتاده و رطوبت موجود در اعضاء وضو هم که مالیّت و بیع و شراء ندارد.

ولی اگر گفتیم: این رطوبتها کالتالف است، پس قیمت را که داد حق دارد به همین رطوبتها مسح کند و نیاز به اجازه نیست، ولی اگر گفتیم: این عین ولو از ارزش افتاده ولی به ملک مالک باقی است [که مفروض ما است] صحّتِ مسحات و در نتیجه صحّت وضو، منوط به اجازه از مالک این رطوبت است. و منافاتی هم نیست میان اینکه هم کلّ قیمت آب را بدهد و هم این عین به ملک مالک باقی باشد، زیرا که قیمت بدل از خود عین نیست.

۲ـ محقّق ثانی در شرح قواعد علاّمه [یعنی در جامع المقاصد] در ذیل این فرع که: اگر کسی جامه اش را با نخهای غصبی خیاطت کرد... فرموده: اگر مالک نخها را از غاصب خواست که نخها را از جامه کنده و تحویل او دهد، بر غاصب واجب است اجابت کرده و نخها را بکند و تحویل مالک دهد چه در سایه این نزع و کندن ارزش نخ کم شود و چه به کلّی از ارزش بیفتد، که در اوّلی باید ارش و تفاوت را به مالک بپردازد و در دوّمی هم قیمت کاملِ نخها را باید بدهد.

سپس فرموده: خروج نخها از ارزش [به وسیله کندن و پاره پاره شدن] موجب نمی شود که از ملکِ مالک شدن هم خارج شوند بلکه به ملک مالک باقی است و تمام قیمت را هم باید بپردازد، و قیمت بدل از مالیّت است نه از ملکیّت.[1]

---

(۱) جامع المقاصد، ج۶، ص۳۰۴.

جناب شهید ثانی[1] هم همین مطلب را فرموده که: اگر با کشیدن نخ از جامه بکلّی قیمت آن از بین برود غاصب باید تمام قیمت را بپردازد، و در عین حال نخها از ملک مالک خارج نمی‌شوند، و بدل هم به ملک او برمی‌گردد. و جمع میان بدل و عین در ملک مالک اصلی می‌شود، ولی این جمع میان عوض و معوض نیست زیرا که قیمت عوض از خود عین نیست تا جمع بینهما شود.

[**نکته**: ملکیّت و مالیّت از نسب اربع چه نسبتی دارند؟ دو گونه می‌شود محاسبه کرد:

۱ـ عام و خاص من وجه باشند: در مثل آبهای دریاها، ماهیان دریاها و اقیانوسها و... مالیّت هست ولی ملکیت نیست، زیرا اینها ملک شخصی خاصّی نیستند. و در مانند حبّهٔ گندم و... ملکیّت هست و لذا غاصب ضامن است ولی مالیّت نیست وعاقلی در قبال یک حبّه مال نمی‌دهد. و در اکثر اموالی که در اختیار انسانها است هم مالیّت وجود دارد و هم ملکیّت و هر دو تصادق دارند.

۲ـ عام و خاص مطلق باشند: هر جا مالیّت باشد ملکیّتی هم هست از قبیل: ملک خداوند، یا ملک پیامبر و امام علیه‌السلام یا ملک دولت یا ملک عنوان در وقف خاص یا ملک مسلمین در اموال بیت المال و یا ملک شخص خاصّ در سایر اموال، و اگر اینگونه محاسبه کنیم در عالم هیچ مالی نیست که ملک نباشد. ولی در بعض موارد ملک هست امّا مال نیست همانند حبّه گندم و...]

قوله: لکن:

مرحوم مقدس اردبیلی در دو فرع مذکور با مشهور مخالفت کرده و فرموده: در مسئله خیاطت با نخ غصبی پس از پرداخت قیمت نخها اگر مالک از غاصب خواست که نخها را تحویل دهد، اجابت و کندن نخها واجب نیست، و بلکه حتی جایز هم نیست [چون مالک جامه متضرّر می‌شود، یا چون نخ مستعمل

---

(۱) مسالک الافهام، ج۲، ص۲۵۸.

کالتالف محسوب می شود و ملک مالک نیست.] و تنها سخن از قیمت است.

و بدنبال آن فرموده: حالا که نخها کالتالف است و کندن آنها واجب نیست، پس نماز خواندن با آن جامه هم صحیح است و اجازه هم لازم ندارد. کما اینکه در فرع اوّل یعنی وضو به آب غصبی هم اگر از اوّل علم به غصبیت داشته که وضوی او باطل است چون قصد قربت متمشّی نیست. ولی اگر از اوّل جاهل بود و به قصد قربت شروع کرد و قبل از مسحات و پس از غسلات آگاه به غصبیّت شد، و قیمت آبها را داد، باز مسح با رطوبت باقیمانده صحیح است و نیازی به اجازه ندارد.[1]

قوله: و استجوده:

مرحوم صاحب جواهر نیز فتوای محقّق اردبیلی را پسندیده و فرموده: وقتی قیمت کاملِ عین را پرداخت، خود عین به ملک ضامن منتقل می شود، به این دلیل که: چون مالک اصلی مالک بدل می شود پس لازمه اش آنست که: عین هم از ملک او خارج شود زیرا شرعاً این یک معاوضه محسوب می شود و جمع بین عوض و معوض در ملک یک نفر نشاید.

و این مطلب را بر استصحاب بقاءِ ملکیّت مالک نسبت عین، ترجیح داده و فرموده با این دلیل جائی برای استصحابَ نیست[2].

قوله: وفیه:

مرحوم شیخ در اعتراض به صاحب جواهر می فرماید: ما هیچ دلیلی بر این اقتضاء نداریم، یعنی دلیل نداریم بر اینکه چون مالک اصلی قیمت و بدل را مالک می شود پس باید عین از ملک او خارج شود، خیر عوض و بدل که در قابل خود عین نیست تا جمع بینهما نشاید، عوض در قبال اوصاف و اجزاء است که تلف

---

(۱) مجمع الفائدة والبرهان، ج۱۰، ص۵۲۱.
(۲) جواهر الکلام، ج۳۷، ص۸۰.

شده و از بین رفته است، پس عین به ملک مالک باقی است و بر فرض شک از استصحاب مذکور استفاده می کنیم.

قوله: وادلّة الضمان:

گویا کسی می گوید: دلیل ما بر خروج عین از ملک مالک و انتقال آن به ضامن، ادلّة و اخبار ضمان و غرامت است. مرحوم شیخ می فرماید: مکرّر دانستیم که مفاد این ادلّه وجوب ضمان است و ضمان یعنی تدارك و جای خالیِ مال را پرکردن، آنگاه بستگی دارد که چه چیزی جایش در ملک مالک خالی شده تا تدارك به همان باشد؟

سپس همان سه صورت را که تا به حال دوبار ذکر کردند، برای بار سوّم و بصورت فشرده و منسجم بیان می کنند:

۱ـ گاهی عین مال در دست ضامن تلف شده، در اینجا هم سلطنت مالک منقطع شده و هم مالیّت از بین رفته و هم جای ملک خالی است. و بدل و غرامتی که می پردازد باید جای خالیِ هر سه را پرکند.

۲ـ و گاهی عین مال تلَف نشده و مالیّت آنهم سقوط نکرده و تنها سلطنت مالک از آن منقطع شده در این فرض بدل و غرامت باید جای خالیِ سلطنت را پرکند نه چیز دیگر، و معنای بدل حیلوله هم جز این نیست. [یعنی چون غاصب میان مالک و مالش حائل شده و فاصله افکنده و باعث شده تا مالک نتواند از عین مالش بهره برداری کند و ... باید مثل یا قیمت را در اختیار او بگذارد که او بتواند از آن انتفاع ببرد.]

۳ـ و گاهی عین مال هست و ملک مالک هم هست ولی مالیّت آن منتفی شده و صد درصد از ارزش افتاده که فعلاً مورد بحث ما است و در این فرض بدل و غرامت جای مالیّت را پر می کند و عوض از اوصاف و اجزائی است که در ارزش عین دخیل بودند، نه جای خود عین را، زیرا عین که تلف نشده و جای او خالی

نیست تا نیازمند بدل باشد، تازه بر فرض تلف هم ضمانت مالی ندارد [چون ارزشی ندارد].

و اگر مشهور فتوی به وجوب ردّ آن داده اند صرفاً یک وجوب تکلیفی است نه وضعی که اگر ردّ نکرد ضامن باشد و در مقابل مالی بپردازد [خیر با پرداخت قیمت کامل ضمان از عهده اش مرتفع شد.] و تازه وجوب ردّ هم بر فرض است که غاصب متضرّر نشود [مثلاً خانه اش خراب نشود، کشتی اش غرق نشود، جامه اش پاره و تباه نگردد و ...] و اگر ضرری شد ممکن است حکم به سقوط چنین وجوبی بشود و بگوئیم: در صورت ضرر ردّ واجب نیست. [اصولاً هر حکم تکلیفی ضرری به حکم لا ضرر در اسلام منفی است از وجوب صوم ضرری، غسل ضرری، وضوء ضرری و ...] پس عین مالک حساب خود را دارد و به ملک مالک باقی است و عندالمطالبه واجب الردّ می شود، و مالیّت آنهم که در دست ضامن تلف شده حکم خود را دارد که باید جبران و تدارك شود.

قوله: فتأمّل:

شاید اشاره باشد به این که: اگر مالک خانه یا کشتی یا پارچه شخص دیگری غیر از غاصب باشد مثلاً غاصب برای دیگَری نجّاری کرده و از لوح غصبی در کشتی او بکار برده، یا بنائی کرده و آجر غصبی مصرف کرده، یا خیاطی کرده و با نخ غصبی جامهٔ کسی را دوخته و ... .

در اینجا ممکن است بگوئیم: اگر ضرر به مالک می رسد ردّ عین مغصوب واجب نیست و غاصب باید قیمت آن را بدهد، ولی اگر مالک خود غاصب باشد و اینها را برای خود مصرف کرده، عندالمطالبه باید مال مغصوب را به مالکش برگرداند ولو متضرّر هم بشود.

و اینجا لا ضرر جاری نمی شود، چرا که لا ضرر در مقام امتنان و ارفاق و آسانگیری بر امّت است و غاصب مستحق این امتنان نیست بلکه مستوجب اشدّ

مجازات است تا عبرتی برای دیگر غاصبان و متعدّیان باشد.

قوله: ولعلّ:

مرحوم شهید ثانی در مسالک در جائی فرموده: ظاهر فقهاء آنست که: اگر نخ غصبی با بیرون کشیدنش از جامه به کلّی از مالیّت می افتد، در اینجا اخراج ونزع واجب نیست و نوبت به قیمت می رسد و غاصب فقط باید قیمت را بپردازد.(۱)

و جای دیگر فرموده: این نخها ولو در جامه بکار رفته ولی کما کان به ملک مالک باقی است، و غاصب باید قیمت آنها را بدهد و معذلک ملک مالک است. [لازمهٔ بقاء بر ملک آنست که: اگر مالک مطالبه کرد ضامن باید آن را به مالک ردّ کند و وجوب ردّ دارد.(۲)

حال به نظر می آید: این دو بیان متنافیانند و جناب شهید ثانی تناقض گوئی کرده، آیا راهی برای حلّ آن داریم؟

مرحوم شیخ می فرماید: جمع میان دو کلام به اینست که: کلام اوّل که سخن از عدم وجوب ردّ بود مربوط به فرض ضرر است یعنی اگر با ردّعین مالک پارچه یا خانه یا کشتی [ولو خود غاصب باشد] متضرّر می شود، اینجا به حکم لا ضرر ردّ واجب نیست و همان اداء قیمت کافی است. و کلام دوّم ایشان که سخن از بقاء عین بر ملک مالک و بالملازمه سخن از وجوب ردّ داشت، به فرض عدم تضرّر حمل می شود، یعنی فرضیکه مالک از ردّعین دچار زیان نمی شود. پس منافاتی نیست.

قوله: ثم انّ هنا:

سه فرض:

۱ـ تلف

---

(۱) مسالک الافهام، ج۲، ص۲۵۸، سطر۲۵ـ۲۷.

(۲) مسالک الافهام، ج۲، ص۲۵۸، سطر۳۷ـ۳۸.

۲ـ تعذّر و صول

۳ـ سقوط از قیمت و خروج از مالیّت، تا به حال بحث شد، اینک عنوان چهارمی مطرح است، و آن اینکه: اگر عین مضمونه در دست، غاصب هم از مالیّت و ارزش افتاد و هم از ملک مالک خارج شد، و فعلاً نه مالیّتی دارد و نه شرعاً ملک محسوب می شود، و تنها یک حقّ اولویّتی از برای مالک اصلی باقیمانده، اینجا چه باید کرد؟

مثال: زید سرکهٔ بکر را غصب کرد و در دست او تبدیل به شراب شد، که این شراب، نه شرعاً مالیّت دارد و نه قابل تملّک است، ولی مالک اصلی زید است که آن را گرفته و مثلاً به پایِ درختانش بریزد و ... .

حال در اینجا بلاشک باید غاصب تمام قیمت را بدهد و مالیّت عین را جبران کند، و عوض هم ملک مالکِ اصلی می شود تا ملکیّت او هم جبران شود، ولی سخن در اینست که: آیَا باز هَم بر غاصب واجب است که این شرابها را به مالک اصلی ردّ کند یا خیر؟

علاّمه در قواعد در این رابطه اشکال کرده و فرموده: وجوب ردّ عین مبتلا به اشکال است[1].

مرحوم شیخ انصاری می فرماید: شاید وجه الاشکال این باشد که:

از طرفی قبل از تبدیل شدن سرکه به شراب که ردّآن واجب بود، حال پس از انقلاب خلّ به خمر در بقاء وجوب ردّ شک می کنیم، استصحاب بقاء وجوب ردّ جاری می شود. این وجه وجوب ردّ.

از طرف دیگر آنکه موضوع مستصحب ما [وجوب ردّ] است ملک است زیرا که الملک یجب ردّه الی مالکه نه غیر ملک، و این عین وقتی که سرکه بود ملک بود و الان که خمر شده دیگر ملک نیست پس موضوع عوض شد و در

---

(۱) قواعد الاحکام، ج۱، ص۲۰۶.

استصحاب بقاء موضوع و وحدت قضیهٔ متیقنّه و مشکوکه لازم است، که اینجا نیست. پس جای استصحاب نیست و این قیاس و اِسراء حکم موضوعی به موضوع دیگر است. اینهم وجه عدم وجوب ردّ.

قوله: الاّ ان یقال:

مگر کسی از وجه ثانی جواب داده و بگوید: در استصحاب بقاء موضوع لازم است امّا به دید عرفی و اینجا عرف می گوید: این موضوع همان موضوع است و انقلاب به خمر را از قبیل تبدّل حالات می داند، پس ارکان استصحاب تامّ است و جاری می شود. پس باز هم ردّ عین واجب است. و لذا جماعتی از فقهاء فتوی به وجوب ردّ خمر داده اند از جمله شهید اول[۱] شهید ثانی[۲] محقق ثانی[۳].

و مؤید وجوب ردّ آنست که: اگر مجدّداً شراب تبدیل به سرکه شد، همه می گویند: ضامن باید خود این سرکه ها را ردّ کند، و اگر موضوع عوض شده بود که دلیلی بر وجوب ردّ نبود.

قوله: ثم انّ:

فروعاتی در رابطه با تعذّر وصول:

فرع اوّل: پس از تعذّر وصول که ضامن قیمت کاملِ عین را پرداخت، حکم آنست که: بدین وسیله از عهده برآمده و ضمانت را اداء کرد، و از این پس هر چه قیمت عین بالا برود، چه ارتفاع قیمت مربوط به قیمت بازار باشد و چه مربوط به زیاده ای در خود عین باشد آنهم چه متصّل مثل چاقی و چه منفصل مثل میوه و ... هیچکدام مربوط به ضامن نیست، او وظیفه داشت بدل را بدهد که داده و پس از

---

(۱) دروس، ص۳۰۸.

(۲) مسالک الافهام، ج۲، ص۲۶۷.

(۳) جامع المقاصد، ج۶، ص۲۹۲.

اداء ذمّه باز ضمانت معنی ندارد.

همچنین پس از پرداخت بدل منافع عین متعذّر الوصول [رکوب دابّه و ...] را هم ضامن نیست، و مالک حق ندارد مضافاً به گرفتن قیمت، خواهانِ عوض منافع هم باشد. ولی علامّه در تذکره طرفدار ضمان منافع شده است[1].

و شیخ طوسی در مبسوط فرموده: اقوی عدم ضمان است ولی قول به ضمان هم قوّی است[2] و محقق ثانی در جامع المقاصد یکجا متوقف شده[3] و جای دیگر ضمان منافع را ترجیح داده است[4] پس در مجموع راجع به ضمان منافع ۳ قول شد:

۱ـ ضامن نیست.

۲ـ ضامن است.

۳ـ توقّف

قوله: ثم انّ:

فرع دوّم: حضرات فقهاء در بحث ضمان مثلی و قیمی، عنوان تعذّر وصول را به عنوان تلف عطف کرده یا تشبیه کرده و فرموده‌اند: التعذّر کالتلف او فی حکمه.

ظاهر این عطف یا تشبیه آنست که: فرض تلف هر حکمی داشت فرض تعذّر هم همان حکم را دارد، یکی از احکام تلف این بود که ضامن قیمتِ تا روز تلف را ضامن است [یا یوم الغصب یا یوم التلف یا اعلی القیم از یوم غصبَ تا یوم تلف] و پس از یوم التلف قیمت عین تالف هر چه بالا رود، ربطی به ضامن ندارد [و فرض بحث هم موردی است که هنوز قیمت را نداده این ترقّی حاصل شد و

(۱) تذکرة الفقهاء، ج۲، ص۳۸۲.

(۲) مبسوط، ج۳، ص۹۶.

(۳) جامع المقاصد، ج۶، ص۲۵۱.

(۴) جامع المقاصد، ج۶، ص۲۷۳.

گرنه پس از دفع قیمت که در فرع قبلی مطرح بود.] حال ظاهر عطف آنست که: در فرض تعذّر هم ملاك قیمت یوم التعذّر است و ضامن همان را باید بدهد [یوم التعذّر معیّناً یا یوم الغصب یا اعلی القیم تا روز تعذّر] و ارتفاع قیمت پس از یوم التعذّر را ضامن است اگر چه هنوز بدل را نپرداخته است.

قوله: ولكن:

ولی مرحوم شیخ می فرماید: از این جهت تلف با تعذّر فرق دارد: در باب تلف به مجرّد تلف قیمت در حق ضامن متعیّن می شود، و باید قیمت را بدهد و اصل هم قیمت یوم التلف بود، و مالک حقّ امتناع ندارد، ولذا قیمت روزهای بعد به ضامن ارتباط ندارد.

ولی در فرض تعذّر چنین نیست که به مجرّد تعذّر عین، قیمت متعیّن شود و مالک از اخذ آن ناگزیر باشد و حقّ امتناع نداشته باشد، بلکه کما کان عین در ذمّه است و مالک حق دارد صبر کند و انتظار بکشد و تا مطالبهٔ قیمت نکرده تبدیل به قیمت نمی شود، و هر روز مطالبه کرد قیمت آن روز ملاك است.

پس ما نحن فیه همانند مثل متعذّر در مثلی است که ملاك یوم الاداء و الدفع بود. و اگر احیاناً در مدّت تعذّر تلف شد، ملاك یوم التلف است نه یوم التعذّر و یا بر مبنای اعلی القیم، تا یوم تلف مطرح است نه تا یوم تعذّر و... .

خلاصه: از این جهت تعذّر مثل تلف نیست، در تلف به مجرّد تلف قیمت همان روز می آید، ولی در تعذّر تا قیمت را نداده خود عین به ذمّه است و ملاك قیمت یوم الاداء است نه یوم التعذّر.

قوله: والحكم:

این فراز در واقع شاهدی بر مدّعای شیخ اعظم[1] [فرق تلف و تعذّر] است.

---

(۱) هداية الطالب، ص۲۴۵.

بیان مطلب: از طرفی مشهور فرموده اند: یوم التعذّر به منزلهٔ یوم التلف است و ظاهرش آنست که: ارتفاع قیمت و منافع و... را پس از روز تعذّر ضامن نیست، همانطور که در تلف ضامن نبود. و از طرفی همین مشهور در باب تعذّر فرموده اند:

پس از تعذّر عین هم تا زمانی که بدل را نپرداخته اگر عین دارای اجرتی باشد [مثل دابّه که رکوب آن اجرت او است و عبد که عمل او اجرت دارد و...] ضامن است و باید بدهد، و نیز نماء آن را [متصّل یا منفصل] ضامن است. و این بدان معنی است که روز تعذّر ملاك نیست و ارتفاع قیمت پس از آن را هم ضامن است. و این دو فتوی بر حسب ظاهر با یکدیگر تناقض دارند و قابل جمع نیستند.

[و چون فتوای دوّم نصّ است آن را اخذ کرده و می گوئیم: ملاك روز تعذّر نیست و از این جهت با تلف فرق دارد، و فتوای اوّل را که ظاهر است توجیه کرده و می گوئیم: منظور از عطف تعذّر بر تلف یا تشبیه آن، در اصل سبب ضمان بودن است نه در خصوصیّات و کمّ و کیف آن.]

[**نکته:** چرا فرمود: این دو فتوی در ظاهر با هم قابل جمع نیستند؟ وجه تقیید به «ظاهراً» چیست؟ مرحوم شهیدی فرموده:

لعلّ قوله ظاهراً من جهة الاشارة الی انّ عدم الاجتماع بینهما مبنّی علی ظاهر حکمهم بکون یوم التعذّر بمنزلة یوم التلف من کونه بمنزلته فی تمام الاحکام حتی فی عدم ضمان ارتفاع القیمة بعده و امّا بناءً علی کون المراد منه کونه منزلته فی جواز مطالبة القیمة بعده فلاتنافی بین الحکمین.]

قوله: فمقتضی:

با محاسباتی که کردیم به این نتیجه می رسیم که: فرض تعذّر عین در قیمیّات همانند فرض تعذّر مثل در مثلیّات است که به مجرّد تعذّر، عین از ذمّه ساقط نمی شود و غاصب خود عین را ضامن است تا زمانی که مالک مطالبه کند و

عندالمطالبه تبدیل به قیمت می شود پس روز اداء و پرداخت بدل و قیمت ملاك است نه روز تعذّر.

قوله: ثمّ انّه:

فرع سوّم: فرضاً عین مال در دست ضامن گم شد و متعذّر الوصول گردید و بدنبال آن با مطالبهٔ مالک یا تراضیِ طرفین، ضامن بدلِ آن را به مالک داد [بدل حیلوله] حال تا زمانی که عین مال متعذر است که بحثی نیست، ولی هنگامی که مجدّداً عین مال پیدا شد و ضامن به آن دسترسی پیدا کرد و حالت تمکّن از وصول پیدا شد، سئوال اینست که: پس از مرتفع شدن عذر و تعذّر وصول، و متمکّن شدن از ردّ عین، وظیفهٔ غاصب چیست؟ آیا در قبال عین هیچ وظیفه ای ندارد؟

می فرماید: همانطوری که در فرض تمکّن ابتدائی و اصلی یعني قبل از تعذّر، ردّ عین واجب بود همچنین در فرض تمکّن ثانوی و پس از تعذّر هم بر ضامن واجب است که فوراً عین را به مالک اصلی مسترد دارد و حقّ لحظه ای امساك ندارد، [فتوای جامع المقاصد[1] هم چنین است.] و حتّی اگر ردّ آن منوط به یک سلسله مخارج باشد باید از باب مقدّمهٔ واجب آنها را متحمّل شود [مگر مخارج به قدری سنگین باشد که اجحاف و ظلم فاحش بر ضامن باشد که در این صورت چه بسا به حکم لا ضرر ردّ واجب نیست، و شاید هم میان غاصب و سایر ضامنها فرق باشد.]

دلیل وجوب ردّ: عموم علی الید ما اخذت حتّی تؤدّی است که در ادامه و پس از دفع دو اشکال تبیین خواهد شد.

قوله: ودفع البدل:

اگر کسی بگوید: ضامن که بدل را پرداخت و از عهده برآمد، مجدّداً چرا پس از تمکّن از عین وظیفه داشته باشد که آن را به صاحب اصلی اش ردّ کند؟

---

(۱) جامع المقاصد، ج۶، ص۲۷۱.

در جواب می گوئیم: آن بدل بدل حیلوله و حائل شدن ضامن میان مالک و مالِ او است نه بدل از عین و بدل حیلوله مادامی است یعنی تا زمانی است که مُبدل و عین یافت نشده و همینکه یافت شد، باید خود عین را ردّ کند.

سئوال: پس فائدهٔ بدل حیلوله چیست؟

جواب: مضافاً به اینکه مالک بر بدل سلطنت یافته و از آن کمال انتفاع را می برد و جای سلطنت فائته را پرمی کند، دو فائدهٔ دیگر هم دارد:

۱ـ چنانچه پس از پرداخت بدل عین تلف شود، ضامن در قبال آن مسئولیّتی نداشته و مجدّداً موظّف به پرداخت قیمت یوم التلف و مانند آن نیست.

۲ـ طبق مبنائی که ما قبلاً در فرع اوّل اختیار کردیم و گفتیم: ثم انّ مقتضی صدق الغرامة علی المدفوع خروج الغارم عن عهدة العین و ضمانها... در ما نحن فیه می گوئیم: پس از پرداخت بدل در هنگام تعذّر، نسبت به منافعِ عین و نیز نسبت به نمائات و نتائج متصّله [چاقی] و منفصلهٔ [ثمره، ولد و ...] آن ضمانتی نداشته و مشغول الذمّه نیست.

قوله: وسقوط:

اگر کسی بگوید: در برهه ای از زمان که عین متعذّر شد، وجوب ردّ هم ساقط شد، حال پس از تمکّن از عین شک می کنیم: آیا سقوط ردّ باقی است یا نه؟ استصحاب بقاء سقوط جاری کرده و می گوئیم: خیر ردّ واجب نیست.

در جواب می گوئیم: این سقوط وجوب ردّ به خاطر عذر عقلی یعنی تعذّر وصول به عین بود که عقل می گفت: تکلیف بما لا یطاق محال است، و احکام عقلیّه استصحاب بردار نیستند [به بیانی که در رسائل مرحوم شیخ آمده[۱]]

قوله: بل:

به عقیدهٔ ما به دو دلیل پس از تمکّن از عین باید آن را به مالک اصلی ردّ کند:

---

(۱) رسائل محشّی، ص۳۲۵ و ص۳۷۸.

۱ـ استصحاب وجوب ردّ: قبل از تعذّر ردّ عین واجب بود، پس از تعذّر و رفع آن الآن در بقاء وجوب ردّ شک می کنیم، از استصحاب استفاده می کنیم.

[**نکته:** مرحوم شهیدی فرموده:

بعد ارتفاع الضمان بدفع الغرامة بعد التعذّر علی ما اختاره لا مجال للاستصحاب لکن یمکن ان یقال: انّ المتیقن فی السابق هو الضمان مطلقاً فی حالتی التعذّر والتمکّن فبدفع الغرامة فی حال التعذّر یشكّ فی انّ المرتفع به اصل الضمان او خصوص الضمان فی حال التعذّر ومادام متعذّراً فاین القطع بارتفاع الضمان بالمرّة بل هو مشكوك لاحتمال ان یکون المرتفع هو الضمان الخاص فیستصحب اصل الضمان فی حال التمکّن ویترتّب علیه وجوب الردّ لوجود المقتضی وهو الضمان وعدم المانع عنه وهو التعذّر[1]]

۲ـ عموم علی الید ما اخذت: این حدیث حکم به ضمان می کند و می گوید: کسی که بر مال دیگری ید پیدا کرد مشغول الذمّه می شود و سپس این حکم را مغیّا به غایتی کرده و می گوید: حتّی تؤدّی یا تؤدّیه، یعنی تا زمانی که خود عین را ادا نکرده ای ضامنی، پس غایت ضمان ردّ العین است و در ما نحن فیه پس از رفع تعذّر ردّ عین ممکن است پس ضامن باید آن را ردّ کند و گرنه از عهده برنیامده است.

قوله: وهل الغرامة:

فرع چهارم: عین در دست ضامن بود، مدّتی متعذّر شد، و ضامن بدل آن را به مالک اصلی داد، و ملک مالک هم شد، حال پس از مدّتی عین میسور شده و ضامن از آن متمکّن گردیده، حال آیا به مجرّد تمکّن از ردّ، بدل هم از بدلیّت درآمده و غرامت هم از ملک مالک اصلی خارج و به ملک ضامن برمی گردد؟ یا

---

(۱) هدایة الطالب، ص۲۴۵.

کما کان غرامت و بدل بر ملک مالک اصلی باقی است و تا عین به مالک اصلی ردّ نشود بدل از ملک او خارج نمی شود؟ در مجموع سه وجه از عبارت مرحوم شیخ استفاده می شود:

۱ـ آری به محض عروض تمکّن، بدل و غرامت به ملک ضامن برمی گردد، نتیجهٔ این وجه: ضمانت قبل از تعذّر و حین تعذّر باطل شده و ضمانت جدیدی از هنگام تمکّن مطرح می شود، و ضامن گویا تازه عین را غصب کرده و ضامن شده است و همان اقوال در ضمان مطرح می شود که آیا: ملاك یوم الضمان [در اینجا یوم التمکّن یوم ضمان می باشد] است؟ یا یوم التلف است؟ [یعنی اگر فرضاً بعد از تمکّن، عین در دست ضامن تلف شد، قیمت آن روز مطرح است] یا اعلی القیم؟ دلیل این وجه در ادامه خواهد آمد.

۲ـ خیر به مجرّد تمکّن از عین، بدل حیلوله از ملک مالک اصلی خارج نشده و در ملک ضامن داخل نمی شود بلکه بر ملک مالک باقی است. نتیجهٔ این احتمال: ضمانت جدیدی مطرح نیست و چیزی بر ذمّهٔ ضامن نمی آید و از نظر حکم وضعی همان بدل و غرامت در مقابل عین است نه چیز دیگر، و صرفاً یک حکم تکلیفی به عنوان وجوب ردّ دارد.

مرحوم شیخ همین وجه را تقویت کرده و دلیل آن را استصحاب بقاء ضمان به همان بدل و غرامت می دانند و می فرمایند: چیزی که ضمانت جدیدی بیاورد و ضمان قبلی را از بین ببرد، و ملکیّت مالک اصلی را از عین ازاله و ابطال نماید، تحقّق نیافته است، پس مانعی از ابقاء همان ضمانت سابق نیست.

قوله: ومجرّد عود:

این فراز در واقع دلیل وجه اوّل است که به صورت دفع توهّم مطرح شده، بیان ذلک:

اگر کسی بگوید: وضعیّت فرق کرده و چیزی که مزیل ملکیّت سابق و

موجِد ضمان جدید باشد حاصل شده و آن مسئلهٔ عروض تمکّن است که قبلاً نبود و الآن حاصل است و اگر پس از تمکّن هم به بقاء بدل در ملک مالک اصلی حکم شود، سر از جمع میان عوض و معوض در می‌آورد که جایز نیست. پس ناچاریم بگوئیم: پس از تمکّن، بدل به ملک ضامن برمی گردد.

مرحوم شیخ می‌فرماید: در جواب می گوئیم: دو مطلب است:

۱ـ تمکّن از ردّ عین به مالک.

۲ـ سلطنت فعلیِ مالک بر آن، و عود تمکّن که سبب سلطنت فعلیِ مالک نمی‌شود تا بگوئید: جای خالیِ سلطنت پرشد، پس باید بدل از سلطنت و ملک مالک خارج شود تا جمع میان عوض و معوض نشود.

آری نهایت چیزی که پس از پیدا شدنِ عین حاصل می‌شود عبارتست از: قدرت یافتن ضامن بر ردّ عین و اعادهٔ سلطنتِ فائتهٔ مالک نسبت به ملک، و بدنبال قدرت بر ردّ، مسئله وجوب ردّ درست می‌شود، که بر غاصب ردّ عین واجب است.

قوله: و حینئذٍ:

حال که بر ضامن ردّعین واجب شد از دو حال خارج نیست:

۱ـ یا عین را به مالک اصلی پرداخته.

۲ـ و یا دفع نکرده و نپرداخته، اگر پرداخته باشد، بی تردید مالکیّت مالک از بدل و غرامت زائل شده و بدل به ملک ضامن برمی گردد.

۳ـ قوله: وتوهّم:

این در واقع وجه سوّم است و آن اینکه: نه تنها به مجرّد تمکّن از عین، غرامت عود نمی کند و ملکیّت مالک نسبت به آن از بین نمی رود، بلکه حتی پس از ردّ عین و حصول سلطنت فعلیّهٔ مالک هم، غرامت به ضامن برنمی گردد، زیرا غرامت در مقابل سلطنت فائته است [که در مدت چند ماه تعذّر بود.] و همانطور

که سلطنت فائته بر عین برنمی گردد و محال است برمی گردد، زیرا زمان برگشتنی نیست، و مافاتَ مضی و الماضی ما مضی و قته ولزم اجله، هکذا بدل هم برنمی گردد.

مرحوم شیخ می فرماید: بدل، بدل از سلطنت فائته نیست تا شما آن حرف را بزنید بلکه بدل از اصل سلطنت مالک بر مال خود در مدّت تعذّر است و هدف آن است که جای خالیِ سلطنت پرشود، حال عملاً مالک در آن مدّت استفاده ای ببرد و از عین بهره ای ببرد یا نه، و اگر بدل از اصل سلطنت بود، با ردّ عین اصل سلطنت آمد پس باید غرامت هم برگردد و ملک ضامن شود و گرنه جمع میان عوض و معوض می شود.

در نتیجه: وقتی ضامن عین را به مالک داد، مالک هم باید غرامت را به ضامن بدهد و اگر بدل در دست او تلف شده باید بدلِ بدل را بدهد و اگر به تصرّف ناقل آن را به دیگری منتقل کرده چه به نقل لازم [کالَبیع اللازم] و چه نقل جایز [بیع خیاری، و هبه و ...] باید عوضِ آن را به مالک پس دهد.

و نیز از عهدهٔ نمائات متّصل غرامت باید برآید. آری نمائات منفصل آن [از قبیل: شیر، پشم و ... که حق داشته استفاده کند و کرد.] در ملک مالک اصلی باقی مانده و به ضامن عودت داده نمی شود.

قوله: ولو لم یدفعها:

و اگر عین را به مالک نپرداخته باشد آیا ابتدا به ساکن و قبل از دفع عین حقّ دارد از مالک مطالبهٔ غرامت کرده و بگوید: بدلی را که به شما داده بودم به من برگردانید؟ خیر حق مطالبه ندارد، زیرا تا هنگامی که عین را به مالک اصلی ردّ نکند و سلطنت مالک بر عین جامهٔ عمل نپوشد، بدل از ملک مالک اصلی خارج نمی شود تا ضامن حقّ مطالبه نسبت به بدل داشته باشد، و مالک چیزی نیست تا خواهان آن باشد، و اگر بگوئید: تمکّن از عین پیدا کرده خواهیم گفت: غرامت

بدل و عوض از سلطنت فعلی است که هنوز حاصل نشده نه عوض از قدرت و توان غاصب بر تحصیل و ایجاد سلطنت برای مالک، تا بگوئیم: این قدرت و تمکن آمده پس حق مطالبه دارد.

قوله: فتأمّل:

شاید اشاره باشد به اینکه: اینجا از باب ترادّ است و ضامن هم حق مطالبه دارد.

قوله: نعم:

ضامن حق مطالبه ندارد، ولی مالک اصلی قبل از دادن بدل هم حق مطالبه دارد و می تواند ضامن را به دادنِ عین ملزم سازد، و دلیل این حقّ عموم الناس مسلطون علی اموالهم میباشد که از شعب سلطنت، همین سلطنتِ مطالبه است.

قوله: ولیس ما عنده:

اگر کسی بگوید: مالک که بدل را در اختیار دارد، پس حقّ مطالبه برای چیست؟

در جواب می گوئیم: غرامت که عوض از سلطنت مطلقه [سلطنت انتفاع و سلطنت مطالبه] نیست تا با در اختیار داشتن بدل حقّ مطالبه نباشد، غرامت بدل از سلطنت بر انتفاع است که ضامن این سلطنت را از مالک گرفته بود و باید جای آن را پرکند، و پرکرده، پس حق مطالبه جایش خالی و محفوظ است.

قوله: ولذا:

شاهد بر اینکه غرامت بدل از سلطنت مطلقه نیست و جای سلطنت بر مطالبه را نگرفته، آنست که: اگر غرامت جای خالی سلطنت مطالبه را هم پرکرده باشد. پس مالک اصلی نباید حق مطالبه داشته باشد، و لازمهٔ حق مطالبه نداشتن نبود سلطنت مطلقه است و لازمهٔ آن نبود ملکیّت است، پس عین هم نباید

ملک او باشد، و اگر ملک او نبود ملک دیگری هم که نیست پس باید از مباحات باشد و دیگران حق داشته باشند در آن تصرف کنند و در سایه حیازت و سبقت و ... مالک شوند، در حالی که هرگز چنین نیست و برای دیگران مباح نمی شود، پس از ملک مالک خارج نشده، پس این سلطنت محفوظ است و حق مطالبه دارد.

قوله: وممّا ذکرنا:

فرع پنجم: آیا غاصب حق دارد پس از اینکه عین را پیدا کرد و متمکّن شد آن را حبس کند و به مالک اعلام کند که تا بدل را نپردازی من هم عین را به شما نخواهم داد و نگه می دارم؟ یا حق حبس کردن ندارد؟

مرحوم شیخ می فرماید: ممّا ذکرنا [که غرامت به ملک غاصب برنمی گردد بعد از سلطنت مالک بر عین او حق مطالبه ندارد ... .] معلوم شد که: غاصب حق ندارد عین را حبس کند و خواهانِ ردّ بدل از سوی مالک شود [دلیل مطلب آنست که: وی فعلاً مالک بدل نیست تا در عوض مبدل را حبس کند، برخلاف معاوضات متعارف که هر کدام از طرفین حق دارند عوض را حبس کنند تا طرف مقابل مالی را که در دست دارد بپردازد.] و مختار علاّمه در تذکرة[1] و فخرالدین در ایضاح[2] و محقق ثانی در جامع المقاصد[3] همین است.

ولی علاّمه در تحریر قاطعانه فرموده: ضامن حق حبس دارد[4].

شیخ اعظم می فرماید: شاید دلیل جواز حبس این است که: قیمت و غرامت یا عوض از خود عین است و یا عوض از سلطنت مالک بر عین است، و هر کدام

(۱) تذکرة الفقهاء، ج۲، ص۳۸۵.
(۲) ایضاح الفوائد، ج۲، ص۱۷۸.
(۳) جامع المقاصد، ج۶، ص۲۶۱.
(۴) تحریر الاحکام، ج۲، ص۱۴۰.

که باشد معاوضهٔ شرعی است و جای ترادّ است، و در نتیجه هر یک از طرفین حق دارند مالی را که از دیگری در دست آنها است حبس کنند تا مافی ید الآخر را بگیرند.

قوله: وفیه:

مرحوم شیخ به این دلیل اشکال کرده و می فرماید: امّا عین مال نه عوض از چیزی است و نه معوض که عوض داشته باشد، شاهد مطلب هم اینست که: کراراً گفتیم: جمع میان عین و غرامت در ملک مالک جایز است و اگر معاوضه بود که جمع جایز نبود، پس مالک برخود عین مسلّط است، و آنکه غرامت، عوض از او و او معوّض غرامت می باشد سلطنت فائته است که در معرض عود است و امکان عود دارد [باترادّ طرفینیِ عین و غرامت] پس اگر مالک مطالبهٔ عین کرد ضامن باید از عهده برآید و حقّ حبس ندارد.

قوله: اللهّم:

مگر کسی بگوید: اگر چه در مقابل خود عین چیزی قرار ندارد تا حقّ حبس عین داشته باشد ولی در مقابل سلطنت که چیزی قرار گرفته و غرامت بدل از سلطنت فائته و سلطنت مُبَدلِ آنست،

آنگاه بگوئیم: ضامن حَق دارد خود عین را حبس کند از باب اینکه: حبس عین مستلزم حبس معوض و مبدل غرامت است که سلطنت فائته باشد.

ولی به هر حال به نظر ما قول اوّل اقوی است و ضامن حق حبس ندارد، چون این معاوضه نیست تا حق حبس باشد و هر یک از متعاوضین و متعاملین حق امتناع داشته باشد، غرامت یک حکم شرعی است که به دلیل ضمان ثابت شده و باید بدهد و معامله نیست تا جواز حبس داشته باشد، خود غاصب این بازی را شروع کرده و خود او هم باید ختم کند و عین را ردّ کند تا مالک هم بدل را ردّ کند و جای حبس نیست.

قوله: ثم لو قلنا:

فرع ششم: برفرض که غاصب حقّ حبس کردن داشته باشد، حال از این حق استفاده کرد و عین را حبس کرد، و تصادفاً در مدت حبس عین محبوس تلف شد، چه باید کرد؟

می فرماید: احکام مختصّ به غصب در اینجا جاری نیست [حکم مختص یک حکم تکلیفی است که وجوب ردّ و حرمت امساك باشد و اگر نکرد گناهکار و مستحق عقاب است.] زیرا که از این پس وی غاصب نیست و به ناحق حبس نکرده بلکه به حق حبس کرده [زیرا اطمینان به مالک ندارد و می خواهد عین را حبس کند و تا غرامت را بدست نیاورده آن را گروگان نگهدارد و از دست ندهد.]

آری حکم وضعیِ ضمان در اینجا برقرار است و وی ضامن عین محبوس است. زیرا که از عموم الید تنها ید امانی خارج شده و ید حابس ید امانی نیست چون برای مصلحت مالک آن را نگهداری نمی کند، بلکه برای مصلحت خودش حبس کرده، پس به حکم عموم علی الید وی ضامن است.

قوله: والظاهر:

حال قیمت چه روزی را ضامن است؟ ضمانت قبلی از بین رفت و با تمکن از عین، بدل به ملک مالک برگشت، و از حالا که حبس می کند ضمانت جدیدی مطرح است، آنگاه اقوال در ضمان قیمیّات یا مثلیّات مطرح می شود.

به نظر ما اصل در ضمان در قیمیات یوم التلف بود، اینجا هم یوم التلف ملاك است و قیمت روزی را که در حبس در دست ضامن تلف شد باید بدهد. ولی کسانی که اعلی القیم را می گفتند، اینجا می گویند: اعلی القیم از روز حبس [یوم الضمان] تا روز تلف ملاك است.

علاّمه ره در قواعد(۱) فرموده: اگر عین تلف شد حکم آنست که قیمتِ الآن

---

(۱) قواعد الاحکام، ج۱، ص۲۰۴.

را ضامن است و بدل هم به ضامن برمی گردد، شیخ اعظم می فرماید: مراد علاّمه از الآن یوم التلف نیست، بلکه الآن در مقابل سابق است، یعنی آن قیمتی که قبل از تمکّن از عین داده بود ملاك نیست و این قیمتی که بعد از حبس پیدا کرده ملاك است و منافاتی ندارد که ایشان هم اعلی القیم را بگوید نه یوم التلف را. ضمناً کلمات فقهاء در این باب مضطرب است.

قوله: ثم انّ:

در خاتمه می فرماید: بیشتر مطالبی که در مقبوض به بیع فاسد عنوان کردیم، در کلمات فقهاء در باب غصب عنوان شده ولی به نظر ما غصب خصوصیّت و موضوعیّت ندارد تا حق تعدّی نباشد بلکه اگر غصب هم آن احکام را دارد به مناط آنست که موجب ضمان است، و همین مناط در بیع فاسد و سایر ضمانات هم هست، پس در اینجاها نیز آن احکام جاری می شود.

قوله: نعم:

چند حکم هست که ممکن است مخصوص غصب باشد:

۱ ـ طبق صحیحهٔ ابی ولاّد در باب غصب، قیمتِ روز غصب ملاك است نه روز تلف، ولی ما قبلاً این را ردّ کرده و گفتیم: روایت مخالف قاعده نیست.

۲ـ به قول شهید ثانی ره از صحیحهٔ مذکور اعلی القیم مستفاد است. این نیز قبلاً ردّ شد.

۳ـ مشهور است که: الغاصب یؤخذ باشقّ الاحوال، ولی شیخ می فرماید: ما برای این سخن مدرك درستی پیدا نکردیم و از آن مشهوراتی است که لااصل له.

۴ـ تنها حکم تکلیفی غصب با سایر ضمانات فرق دارد که: الغصب حرام والغاصب عاصٍ... .

تا اینجا بخشِ قابل توجهی از احکام بیع فاسد بیان شد، ولی بخش اعظم آن

هنوز باقیمانده است [از قبیل: اگر ضامن در عین غصبی تصرّف ناقل یا مغیّر انجام داد چه باید کرد؟ مسئله تعاقب و ترتّب ایدی بر مال غصبی چه می شود و ... که مرحوم سیّد در حاشیه به هفت مسئله اشاره کرده[1]] و قسمتی از آن در بیع فضولی خواهد آمد، و فعلاً این مبحث را ختم می کنیم.

(۱) حاشیة السیّد علی المکاسب، ص۱۱۱ و۱۱۲.

(شروط متعاقدین)

مجموع مطالب کتاب البیع در دو بخش خلاصه می شود:

الف: بحث معاطات یا بیع فعلی: این بخش مبسوطاً در جلد چهارم این شرح بررسی شد.

ب: مبحث بیع قولی یا بیع به صیغه: هدف اصلی: در کتاب البیع بیان احکام این بخش است، باز مجموع مطالب این بخش در سه قسمت خلاصه می شود.

الف: شرائط صیغه یا عقد یا ایجاب و قبول

ب: شروط متعاقدین یا موجب و قابل

ج: شروط عوضین یا ثمن و مثمن

تا به حال قسمت اوّل طیّ چند مسئله مطرح شد و شروط صیغه عبارت بود از: صراحت یا ظهور الفاظ، عربیّت، ماضویّت، ترتیب، موالات، تنجیز و... و بدنبال آن مسئلهٔ مهمّی با عنوان مقبوض به عقد فاسد مطرح شد که از آغاز جلد پنجم این شرح تا حال پیرامونِ آن بحث می کردیم.

اینک وقت آن رسیده که دربارهٔ قسمت دوّم یعنی شرائط متعاقدین گفتگو کنیم: منظور از متعاقدین یعنی موجب و قابل، کسانی که ایجاب و قبول را انشاء می کنند، خواه هر دو مالک باشند، یا هر دو وکیل یا ولّی باشند که از ناحیهٔ مالک و

شارع مأذونند، و یا هر دو فضولی باشند و یا مختلف باشند یعنی مثلاً موجب خود مالک است ولی قابل وکیل و ... می‌باشد، و فعلاً کاری به این خصوصیات نداریم.

(۱ و ۲) (بلوغ و عقل)
(مسئله اوّل)

اوّلین شرط از شروطِ متعاقدین آنست که: طرفینِ عقد باید هر دو بالغ باشند، یعنی اگر دختر هستند باید نه سال آنها کامل و به ده سال وارد شده باشند و اگر پسر باشند باید پانزده سال را تکمیل و به سنّ شانزده سالگی رسیده باشند [البته مضافاً به مسئلهٔ سنّ، علائم دیگری هم برای بلوغ ذکر شده از قبیل: احتلام ولو قبل از سنّ مذکور، روئیدنِ موی خشن برعانه، و بعضاً انبات الشعر علی الوجه را گفته اند که در جای خود در کتب فقهی مطرح شده است.

منجمله در کتاب الصوم شرح لمعه.] متفرّع برشرط مذکور: پس اگر دو طرف عقد هر دو یا یکی بچّهٔ نابالغ [صبّی یا صبیّه] بودند، آن عقد باطل است.
[قبل از بررسیِ دلائل این نظریّه می گوئیم: دربارهٔ صبّی و صبیّه دو بحث مطرح است:

۱ـ عبادات صبّی: آیا نمازها و روزه های قبل از بلوغ صرفاً جنبهٔ تمرینی دارد؟ یا مشروعیّت داشته و مستحبّ عبادی است و موجبِ مثوبت است؟ رأی مشهور مشروعیّت است. ولی فعلاً درصدد این بحث نیستیم و در لابلای مطالب آتیه اشاراتی خواهد آمد.

۲ـ معاملات صبّی: منظور مطلق تصرّفات و بلکه مطلق افعالِ غیر عبادیِ صبی است، و در این رابطه سه بحث مطرح است:

۱ـ تصرّفات استقلالی: اینکه بچّهٔ نابالغ همانند افراد بالغ و رشید، بدون اذنِ قبلی یا اجازه و انفاذ و امضاءِ بعدیِ ولّی هر نوع دخل و تصرّفی در مال خود انجام دهد و نیازی به اذن و اجازه و رضایتِ ولّی نباشد.

اینگونه تصرّفات برای صبّی در اموال خودش تجویز نشده و شرعاً از اینها محجور است و این محجوریّت هم حکیمانه و به صلاح خود طفل است که سرمایه اش را برباد نداده و کاهی را به کوهی معامله نکند.

۲ـ تصرّفات غیر استقلالی: اینکه صبّی تحت نظر باشد و با صلاحدید ولّی و اذن قبلی یا اجازهٔ بعدیِ او کاری انجام دهد. این قسم از تصرّفاتِ در ادامه وضعش روشن خواهد شد.

۳ـ انشائات صبّی: اینکه بچّهٔ غیر بالغ صرفاً عقد یا ایقاعی را انشاء کرده و برای خود یا ولّی یا موکّل و... با اذن ولی یا بدون آن، با اجازه یا بی اجازه، ایجاب یا قبول را انشاء نماید. [مثل اینکه دو نفر عامی از یک طلبهٔ غیر بالغ خواهش می کنند که عقد بیع یا نکاح را برای آنها انشاء کند.] فعلاً این قسم مدّنظر است:

سئوال: آیا انشائات صبی و صبیّه و عقود و ایقاعات آنها به کلّی و صددرصد باطل و بی اثر است؟ یا مطلقاً و صددرصد مؤثّر و کارگر است؟ و یا با اذن و اجازه اثر دارد ولی بدون آندو بی اثر است؟

جواب: جمع کثیری بلکه اکثر فقهاء برآنند که عقد صبی [اختصاص به عقد و صبی ندارد و این دو از باب مثال است و ایقاعات و صبیّه را هم شامل است.] کلاً باطل است و اذن یا اجازه هم کارگر نیست. دلائلی که برای این قول ذکر شده عبارتند از:

دلیل اوّل: **شهرت فتوائیّه**: نزد کسانی که آن را حجّت بدانند یک دلیل

برمدّعای مذکور است و در مسئلهٔ ما مرحوم شهید اوّل در دروس[۱] و سبزواری در کفایة[۲] ادّعای شهرت کرده اند.

دلیل دوّم: اجماعات منقوله: عدّه ای از بزرگان در رابطه با بطلان انشائات صبی ادّعای اجماع کرده اند، که ذیلاً به سه عبارت اشاره می شود:

الف: سید بن زهره در کتاب غنیه[۳] فرموده: بالاجماع عقد صبی باطل است آنهم مطلقاً یعنی حتّی اگر ولیِ طفل بعداً آن عقد را اجازه و تنفیذ هم بکند فایده ای ندارد.

ب: فاضل مقداد در کتاب کنز العرفان[۴] بطلان یا عدم صحتِ عقد صبی را به اصحاب و فقهاء امامیّه نسبت داده است. و چون مطلق فرموده، ظاهر اطلاق کلامش آنست که: حتی اگر اذن قبلیِ ولّی هم باشد فایده ای ندارد تا چه رسد به اجازهٔ بعدی یا عدم الاذن و الاجازه.

ج: علاّمه در تذکره[۵] فرموده: به حکم نصّ [از قبیل حدیث رفع قلم و ... که خواهد آمد] و به حکم اجماع صبی و صغیر چه ممیّز باشد [که خوب و بد و نفع و ضرر را می شناسد و تمیز می دهد و مرحلهٔ تمیز در اطفال مختلف است: در بعض از آنها دوازده سال و در بعضی ده سال و ای چه بسا بعضی در چهار سالگی به این درجه نائل شوند.] و چه غیر ممیّز، از کلیّهٔ تصرّفات [و بلکه بعداً خواهیم گفت: از مطلق افعال ولو بر آن تصرّف اطلاق نشود.] محجور و ممنوع است و حقّ هیچگونه تصرّفی ندارد، مگر نسبت به چند چیز که استثناء شده اند:

---

(۱) دروس شرعیّه، ص۳۳۵.

(۲) کفایة الاحکام، ص۸۹.

(۳) غنیة النزوع، ص۵۲۳.

(۴) کنز العرفان، ج۲، ص۱۰۲.

(۵) تذکرة الفقهاء، ج۲، ص۷۳.

۱ـ عبادات صبّی: بنابر مسلک مشهور که شرعیّت داشته و در حقّ طفل مستحب می باشَند و گرنه برمبنای تمرینیّت از بحث خارج است.

۲ـ اسلام صبّی: بنابر مشهور اگر بچّه قبل از بلوغ اسلام آورد، اسلامش قبول شده و در نتیجه اگر عمودینِ آنها کافر باشند، وی محکوم به حکم آنها نبوده و از قانونِ تبعیّت خارج می شود.

۳ـ اِحرام صبّی: که همراه والدین مکّه رفته و لباس احرام پوشیده و اعمال حج را انجام می دهد که باز هم شرعیّت داشته و موجب مثوبت است، و مبسوطاً جزئیّاتِ آن در کتاب حج آمده.

۴ـ تدبیر صَبی: که عبد یا امه ای دارد و به او می گوید: انت حرٌّ دبر وفاتی، و این انشاء یا تصرّفِ قولیِ او نافذ است.

۵ـ وصیّت صَبی: در مورد صبّی ده ساله اختلاف است و از نظر علاّمه وصیّت او هم از جمله افعال و تصرفهای او است که استثناء شده و ممنوع نیست.

۶ـ رساندن هدیّه: پدر بچّه هدیّه ای را به او می دهد که به فلان شخص [مثلاً معلّم] برساند و او تنها مأمور به رساندن است، از این کار هم محجور نیست.

۷ـ اذن دخول: شخصی دقّ الباب می کند و بچّه می رود و درب منزل را به روی او باز می کند و او را به درون خانه دعوت می کند، این نیز از اعمالی است که استثناء شده البته این آخری مورد اختلاف است که آیا طفل از آن محجور شده یا خیر؟

قوله: واستثناء:

مقدّمه: افعال دو قسم اند:

۱ـ بر برخی از آنها تصرّف اطلاق می شود، از قبیل: بیع و شراء و هبه و ... .

۲ـ بر قسمی از آنها تصرّف اطلاق نمی شود، از قبیل: ایصال هدیّه، بازکردن

درب منزل بدون اینکه زباناً بگوید: بفرمائید داخل شوید، یا عملاً دست او را گرفته و بداخل منزل هدایت کند، و امساك مال [اگر آن را نوعی تصرّف ندانیم.]

حال علاّمه اوّل که مستثنی منه را بیان می کرد کلمهٔ تصرّف را آورد و فرمود: الصغیر محجور... عن جمیع التصرفات... . سپس که مستثنیات را می شمردند، به ایصال هدیه و اذن دخول مثال زدند و آنها را هم استثناء کردند، آنگاه اگر تصرفات را به معنای خودش بگیریم باید اینها را استثنای منقطع بدانیم.

ولی اصل در استثناء آنست که متصّل باشد نه منقطع، روی این اصل و به قرینهٔ استثنائات مذکور، در مستثنی منه یعنی کلمه تصرّف، تصرّف کرده و می گوئیم: مراد از آن مطلق افعالِ صبّی است ولو بر آن تصرّف اطلاق نشود، پس ایصال هدیه را هم شامل می شودَ زیرا ایصال اگر چه تصرّف نیست [و شاهدش آنست که: چه بسا توسّط چهار پائی آن را بفرستد، واحدی نمی گوید: چهار پا در هدیّه تصرّف کرد.]

ولی فعلِ صبی هست، اذن دخول هم که صرفاً با بازکردن درب انجام می گیرد فعل بچه است ولو در کنارش نه اذنِ قولی به دخول داده و نه اذن فعلی که دست او را بگیرد ... بلکه گشودن درب منزل کاشف از رضایت صاحب منزل است و رضای او تمام موضوع برای جواز ورود است نه کار طفل. پس مستثنا منه اینها را نیز شامل است و با استثناء خروج حکمی پیدا می کنند و استثناء بدان معنی است که لولا الاستثناء داخل در مستثنی منه بودند.

حال که مراد از تصرّفات مطلق افعال صبی شد می گوئیم: از جملهٔ افعالِ صبی همین انشائات او است [که فعل زبان است] و مستثنی منه این نوع از افعالَ را هم شامل شد و دلیلی بر استثناء آن نرسیده، پس در تحت مستثنی منه باقی مانده و صبّی محکوم به حجر و منع از آنها است، و اوّل کلام ادّعایِ اجماع شد که چنین تصرفات یا افعالی در حقّ صبی تجویز نشده است.

پس در حقیقت سخن شیخ اعظم [و استثناء الایصال ...] دفع اشکال مقدر است که اگر کسی بگوید: اصلاً سخن علاّمه در تصرّفات است و از ما نحن فیه اجنبی است زیرا مجرّد انشاء عقد که تصرّف نیست و ... در جواب می گوئیم: به قرینهٔ دو استثناء مذکور، مراد از تصرفات، افعال است و ... پس کاملاً سخن علاّمه با ما نحن فیه دمساز است.

دلیل سوّم:

قوله: واحتجّ:

عدّه ای از بزرگان برای بطلان عقد صبی به حدیث رفع قلم استدلال کرده اند: [متن حدیث: عن النبی ﷺ: رفع القلم عن ثلاثه:

۱ـ عن الصبی حتّی یحتلم

۲ـ وعن المجنون حتّی یفیق

۳ـ وعن النائم حتی یستیقظ[۱]]

از قبیل: سید بن زهره درغنیه[۲] شیخ طوسی در کتاب مبسوط در باب اقرار[۳] وابن ادریس در مسئلهٔ عدم جواز وصیّتِ بچّهٔ ده ساله درسرائر[۴] و علاّمه[۵] و دیگران[۶].

کیفیّت استدلال: در این حدیث به قول مطلق قلم از صبّی برداشته شده و قلم ابزار نوشتن است، و قلم رفع شده یعنی خداوند در حق او چیزی ننوشته،

(۱) وسائل الشیعه، ج۱، ص۳۲، باب۴، حدیث۱۱.
(۲) غنیة النزوع، ص۵۲۳.
(۳) مبسوط، ج۳، ص۳.
(۴) سرائر، ج۳، ص۲۰۶ـ۲۰۷.
(۵) تذکرة الفقهاء، ج۲، ص۱۴۵.
(۶) مثل ایضاح الفوائد، ج۲، ص۴۷۸ و محقق ثانی در جامع المقاصد، ج۱۰، ص۳۴.

فرشتگان کراماً کاتبین در حقّ او چیزی نمی نویسند، یعنی نفیاً و اثباتاً کار او نوشته نمی شود و برفعل او اثری بار نیست، پس کلام و انشاء او هم مثل انشاء نائم، هاذل، غافل و... بوده و هیچ حکم واثری ندارد یعنی انشاء او وجودش کالعدم است و معنای بطلان هم همین است که اثری برکار او مترتب نمی شود و سبب نقل و انتقال و ملکیت و زوجیّت و... نمی شود و گرنه فرشتگان آن را می نوشتند و رفع قلم معنا نداشت.

دلیل چهارم:

قوله: واستدلّوا:

دلیل چهارم از ادلّهٔ مشهور برای بطلان عقد صبی روایاتی چند است که ذیلاً به برخی از آنها اشاره می شود:

الف: روایت حمزة بن حمران از امام باقر علیه السلام:

امام فرمود: جارية «دختر بچه» هنگامی که تزویج شد [و مردی با او ازدواج کرد.] و با او آمیزش کرد، و دارای نه سال تمام بود، حکمش آنست که: یتیم بودن از او برداشته می شود، و اموال او [اگر به سبب ارث یا مهریه و... اموالی پیدا کرده] به او پرداخت می شود، [صاحب اختیار اموالش می گردد.] و امر و فعل این جاریه جایز و نافذ و ماضی و مؤثر واقع می شود.

یعنی اگر در مال خود تصرّفی کرد و با آن چیزی خرید معامله اش صحیح است و بر آن اثر مترتب می شود. [مفهوم این بخش آنست که: پس اگر به سنّ بلوغ نرسیده باشد امر و فعل او نافذ و کارگر نیست، و از جملهٔ امور و افعال او انشائات او است که بی اثر خواهد بود و هو المطلوب.]

و امّا غلام «پسر بچّه» امر و کار او در بیع و شراء نافذ و گذرا نیست و از یتیم بودن خارج نمی شود تا زمانی که پانزده ساله شود یا قبل از آن محتلم شود و یا

انبات الشعر الخشن برعانه شود و یا انبات شعر برصورت شود. [1] [این بخش هم منطوقاً برعدم جواز و مضیّ فعلِ غلام دلالت داشت که به عموم یا اطلاق انشائات او را هم می گیرد.]

ب: روایت ابن سنان: از امام علیه السلام پرسیدم: چه زمانی امر و کار یتیم نافذ و مؤثّر می شود؟ فرمود: آن زمانی که به مرز اَشُدَّهُ برسد، پرسیدم: اَشُدُّ او چیست؟ فرمود: محتلم شدن او است [2] [یعنی به سن بلوغ برسد و تا نرسیده نافذ نیست، و از جملهٔ افعال او عقد و ایقاع او است پس بی اثر است.]

ج: و روایات دیگری هم به این مضمون وارد شده است. [3]

[نکته: تا اینجا با مسلک مشهور امامیّه آشنا شدیم، و امّا عامّه و اهل سنّت در این رابطه نظراتی دارند که فهرست گونه بیان می شود:

حنفیّه می گویند: بچّه اگر غیر ممیّز باشد هیچ یک از تصرّفات او منعقد نمی شود، ولی اگر ممیّز باشد تصرّفات او سه نوع است.

۱ـ یا ضارّ به مال خود است آنهم ضرری بیّن و آشکار مثل طلاق دادن زوجه، آزاد کردن بنده ها، قرض دادن یا صدقه دادن تمام اموال و ... .

۲ـ و یا نافع است به نفع بیّن مثل قبول هدایا، دخول در اسلام و ... .

۳ـ و یا میان نفع و ضرر متردّد است مثل بیع و شراء، اوّلی بلااشکال نافذ نیست اگر چه ولیِ طفل اجازه کند، دوّمی بلااشکال نافذ است ولو ولّی اجازه نکند، سوّمی هم موقوف بر اجازهٔ ولّی است که اگر اجازه داد منعقد می شود والاّ فلا، ضمناً اگر معامله غبنی است ولّی حق ندارد آن را اجازه کند.

مالکیّه می گویند: تصرّفات صبیِ ممیّز به مانند بیع و شراء و هر آنچه در آن

---

(۱) وسائل الشیعه، ج۱، ص۳۰، باب۴، حدیث۲.

(۲) وسائل الشیعه، ج۱۳، ص۱۴۳، حدیث۵، باب دوّم.

(۳) وسائل الشیعه، ج۱، ص۳۰، حدیث های باب.

نوعی معاوضه باشد، موقوف به مصلحت و اجازه است، اگر در این معاملات مصلحت باشد و اجازهٔ ولّی حکیمانه باشد حتماً باید اجازه کند و حقّ ردّ ندارد، و اگر مصلحت در ردّ آن باشد حتماً باید ردّ کند و مخیّر نیست.

شافعیّه می گویند: بطور کلّی صبی چه ممیّز باشد یا غیر ممیّز، تصرّفات او صحیح نیست. پس هیچ عبارتی از او منعقد نمی شود، و هیچ ولایتی برای او نیست، زیرا او مسلوب العبارة و الولایة است، پس اگر ولد کافر شهادتین گفت و نطق به اسلام کرد، اسلام او نافع نیست، و اگر نکاحی را متولّی شد منعقد نمی شود، فقط چیزی که هست عبادات صبّیِ ممیّز صحیح است و اذن دخول دردار هم از ناحیهٔ صبی، صحیح است.

حنابله می گویند: صبی غیر ممیّز تصرّفاتش باطل است مطلقا، ولی صبی ممیّز منوط به اذن ولی است، اگر اذن داد تصرّف او صحیح است والاّ فلا[1]]

قوله: لکن الانصاف:

مدّعای مشهور عبارت شد از: بطلان عقد صبی، و دلائل مشهور هم عبارت شد از: چهار دلیل، حال مرحوم شیخ در این ادلّه مناقشه دارند:

امّا دلیل چهارم یا اخبار: این دلیل اخصّ از مدّعا است، زیرا مدّعا بطلان عقد صبی است مطلقا یعنی چه استقلالاً و چه تحت نظر و با اذن یا اجازهٔ ولّی، ولی دلیل تنها تصرّفات استقلالیِ صبّی را ردّ می کند.

بیان ذلک: تعبیر به: «جاز امرها» که کلمهٔ امر و فعل به ضمیر «ها» اضافه شده، ولایجوز امره یا یجوز امر الیتیم و... که امر به خود یتیم یا ضمیر او اضافه شده است و معنایش اینست که امر و فعل خود او باشد و این در فرض استقلال است و گرنه در فرض توقّف براذن یا اجازه که امر یتیم و فعل او محسوب نمی شود.

---

(۱) مصباح الفقاهه، ج۳، ص۲۳۴و۲۳۵، به نقل از فقه المذاهب، ج۲، ص۳۶۳ تا۳۶۶.

[و برفرض عدم ظهور در این امر نوبت به اجمال می رسد و قدر متیقنِ آن همین فرض استقلال در تصرّف است نه مطلقا]

آنگاه منافاتی با صحت عقد با اجازهٔ ولی ندارد، همانگونه که در بیع فضولی از طرفی می گوئیم: ماضی و گذرا نیست و از طرفی می گوئیم: موقوف به اجازهٔ مالک است، و این دو منافاتی ندارند، زیرا ماضی نیست یعنی استقلالاً و بدون اجازهٔ مالکِ اصلی نافذ نیست نه مطلقا، ما نحن فیه هم چنین است.

[دلیل ظهورَ در استقلال در تصرّف همان است که ما آوردیم که اضافه امر به خود جاریه یا غلام باشد، و در کلام شیخ اعظم آمده: لانّ الجواز مرادف للمضی، و منظور آن است که: اگر چه کلمه امر مطلق فعل صبی را شامل است ولی اسناد کلمهٔ یجوز به معنای یمضی، به امر الصبی و مناسبت مضّی با امر و فعل صبی مقتضی است که مراد سلطنت صبی بر اموالش باشد و اینکه مطلق العنان باشد و هر گونه خواست تصرف کند، با اذن ولّی یا بی اذن.]

قوله: ویشهد:

شاهد ظهور مذکور آنست که: در بعض از همین اخبار از قبیل روایت ابوالحسین خادم سفیه را استثناء کرده و فرموده: «الاّ ان یکون سفیهاً»[1] و در مورد سفیه این مطلب مسلّم است که تصرّفات استقلالیِ او مردود و ممنوع است نه مطلقِ تصرّفات او، این نیز قرینه ای است بر ظهور روایات در تصرّف استقلالی.

قوله: فلا دلالة:

متفرع بر ظهور مذکور می گوئیم: مواردی را که انشاء و عقد صبی تحت نظر ولیّ باشد، این روایات شامل نیست. مثلاً اگر ولیّ با مالک اصلی مساومهٔ بیع [گفتگوهای قبل از بیع برای توافق بر قیمت] را انجام دهد و قیمتی را معیّن کرد،

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۳، ص۱۴۳، باب دوّم، حدیث۵.

سپس به صبی گفت: تو عقد را بخوان این روایات دلیل بر بطلان آن نیست.

یا مثلاً اگر با اذن ولیّ ایجاب یا قبول عقد نکاح را برای شخصی [مثال طلبه که در اوائل مسئله آوردیم] انجام دهد باز از این اخبار بطلان آن مستفاد نیست. پس دلیل چهارم مشهور ردّ شد و به درد مدّعای آنها نمی خورد.

قوله: وامّا حدیث:

دلیل دیگر مشهور بر بطلان عقد صبی مطلقاً [چه نسبت به اموال خویش و یا اموال دیگران، چه با اذن و اجازهٔ ولّی و چه بدون آن] روایتِ رفع قلم بود، به تقریبی که گذشت. مرحوم شیخ از این دلیل هم سه جواب می دهند:

جواب اوّل: دو نوع قلم داریم:

۱ـ قلم سابق که همان قلم تکلیف و تشریع و جعل احکام از سوی مولی است.

۲ـ قلم لاحق که قلم مؤاخذه و استحقاق عقوبت و سیّئه باشد، حال مرحوم شیخ می فرماید: مراد از قلمی که در روایت رفع شده قلم لاحق یعنی قلم مؤاخذ است.

و منظور حدیث اینست که اگر صبّی کار حرامی یا ترك واجبی کرد دربارهٔ او گناه و معصیت و سیّئه و بدنبالش استحقاق عقاب نوشته نمی شود و فرشتگان حافظ در نامهٔ عمل او نمی نویسند: فلانی عاصی و مستحق کیفر است. نه قلم سابق یعنی قلم جعل احکام تا منظور حدیث این باشد که در حقّ صبّی هیچ حکمی جعل نشده است نه وضعی و نه تکلیفی، تکلیفی هم نه الزامی و نه غیر الزامی.

دلیل مطلب در کلام شیخ دو امر است: ۱ـ الظاهر ... که روی ظهور تکیه کرده ۲ـ ولذا بنینا که شاهدی است بر مدّعای ایشان، ولی با توضیح کامل به سه امر اشاره می کنیم:

الف: ظهوری که شیخ مدّعی است از کجا سرچشمه گرفته؟ از اینجا که

شیخ در رسائل در مبحث اصل برائت در رابطه با حدیث رفع [رفع عن امّتی تسعة اشیاء ...] سه احتمال ذکر کردند:

۱ـ جمیع الآثار مقدّر باشد و مقصود این باشد که: تمام آثار وضعی و تکلیفی، دنیوی و اخروی خطاء و نسیان و جهل و ... رفع شده است.

۲ـ خصوص اثر بارز مقدّر باشد که در هر فرازی متناسب با آن اثر بارز غیر از فراز دیگر است.

۳ـ خصوص مؤاخذه و عقاب مقدّر باشد، یعنی شخص خاطی و ناسی و ... عقاب نمی شود.

و خود مرحوم شیخ احتمال سوّم را برگزیدند که خصوص مؤاخذه مقدّر باشد و دلیل مطلب هم ورود حدیث رفع در مقام امتنان است که با رفع مؤاخذه می سازد نه با رفع جمیع آثار و یا خصوص اثر بارز.

آنگاه می گوئیم: در ما نحن فیه هم کلمهٔ رفع القلم عن الصبی ... دارد، و منظور رفع قلم مؤاخذ است به همان بیانی که ذکر شد. و نتیجه آنست که: حدیث مذکور قلم مؤاخذه را از صبی برمی دارد نه مطلق احکام تکلیفیّه را و کاری با اصل وجوب و حرمت و استحباب و ... ندارد و آنها را از صبّی برنمی دارد تا چه رسد به احکام وضعیّه از قبیل: سببیّت و صحّت و فساد و ... .

و بحث ما فعلاً در رابطه با صحّت و فساد عقد صبّی و سببیّت و عدم سببیّت آن برای ملکیّت و زوجیّت و مانند آن است نه در استحقاق عقوبت و عدم آن، پس حدیث رفع قلم از ما نحن فیه اجنبی است.

[نکته: مرحوم شیخ مؤاخذه را در تقدیر گرفتند ... ولی از آنجا که مؤاخذه حکم عقلی است و وضع و رفع آن به ید شارع نیست مرحوم آخوند در کفایه خود الزام و تکلیف الزامی را در تقدیر گرفتند، یا در فرازهائی که ماء موصول در

حدیث رفع داشت از خود موصول حکم الزامی را اراده کردند و نیازی به تقدیر نداشتند و حدیث رفع چون در مقام امتنان و رفع کلفت و مشقّت و سنگینی است لذا الزام را که کلفت است برمی دارد و کاری به رفع سایر احکام تکلیفیه و نیز احکام وضعیّه ندارد.

حال بر این اساس هم باز حدیث رفع قلم از ما نحن فیه اجنبی است به بیانی که گذشت.

ب ـ بحثی است اصولی در رابطه با واجبات مشروطه که آیا این شروط و قیود، به مفاد هیئت و اصل وجوب برمی گردد و در واجب مشروط و مقیّد اصل وجوب و تکلیف مشروط و مقیّد است؟ یا به مفاد مادّه و واجب برگشته و در واجب مشروط اصل وجوب قبل از شرط هم هست ولی واجب و امتثال پس از حصول شرط است؟

مشهور رأی اوّل را معتقد شده اند، صاحب فصول در خصوص واجبی که شرطش وقت باشد قول ثانی را گرفته و واجب معلّق را اختراع کرده.

ولی جناب شیخ اعظم معتقد است که کلیّهٔ واجبات مشروطه چه آنها که مشروط به شرائط خاصه هستند [آنهم اعمّ از اینکه شرط خاص وقت باشد یا استطاعت و مانند آن] و چه آنها که مشروط به شروط عامّه هستند [بلوغ ـ عقل ـ قدرت و ...] در همه جا اصل وجوب و تکلیف همواره فعلی و مطلق است و مقیّد به قیدی نیست، آری واجب و امتثال مقیّد است.

حال با این مقدّمه و مبنا می گوئیم: اصولاً بلوغ شرط اصل وجوب نیست بلکه شرط واجب است و تا نیامده امتثال صحیح نیست و گرنه قبل از آنهم تکلیف ولو الزامی هست. حال بر این مبنا پر واضح است که در ما نحن فیه مراد از رفع قلم، رفع قلم جعل و تشریع احکام نیست، بلکه رفع قلم مؤاخذه است، باز هم حدیث از ما نحن فیه اجنبی است.

ج: قوله: ولذا:

در جای خود در فقه بحث شده که آیا عبادات صبی شرعیّت دارد و مستحق مثوبت است؟ یا صرفاً جنبهٔ تمرین و ممارست دارد تا عادت شود و پس از رسیدن به مرز بلوغ از انجام آن سرباز نزند؟

گروهی طرفدار تمرین شده‌اند، ولی مشهور قائل به شرعیّت بوده و مرحوم شیخ هم می فرماید: مبنای ما همین است، باز بر این اساس صوم و صلوة و حج صبی و هکذا وضوء او شرعی بوده و یا مستحب است یا واجب ولی واجبی که اگر انجام داد ثواب دارد ولی اگر ترك کرد عقاب ندارد، پس باز قلم تشریع از صبی برداشته نشده و نتوان گفت: رفع القلم ای قلم جعل الاحکام، بلکه مراد خصوص مؤاخذه است و حدیث از ما نحن فیه اجنبی است.

جواب دوّم:

قوله: وثانیاً:

مقدّمه: احکام شرعیه دو قسم است:

۱ـ حکم تکلیفی: وجوب و استحباب و حرمت و کراهت و اباحه که از نظر مشهور مخصوص مکلّفین است.

۲ـ حکم وضعی: صحت و بطلان، ضمان، سببیّت، ملکیّت، زوجیّت، و... که از نظر مشهور مخصوص مکلّفین نبوده و در حقّ صبیان هم ثابت است.

با این مقدّمه می گوئیم: بر فرض بپذیریم که مراد از رفع قلم، رفع قلم جعل احکام است ولی جواب می دهیم که: این حدیث مخصوص احکام تکلیفیّه است و آنها در حق صبی جعل نشده [علی المشهور نه بر مبنای خود شیخ] ولی احکام وضعیّه را شامل نیست چون از نظر مشهور اینها مخصوصِ مکلّفین نیستند و غیر مکلّف نیز این احکام را دارد. وما نحن فیه من هذا القبیل یعنی بحث ما در

صحّت و بطلان عقد صبی، راجع به حکم تکلیفیِ آن یعنی وجوب وفاء و ... نیست بلکه راجع به حکم وضعیِ آن است، و حدیث این را شامل نیست، آنگاه اطلاقات می گوید: عقد جامع شرائط سبب ملکیّت و زوجیّت و ... است، چه مانعی دارد که این اطلاقات عقد و فعل صبی را شامل شود؟ چه مانعی دارد که عقد صبی سبب ملکیّت از حین عقد و سبب وجوب وفاء از حین بلوغ باشد؟ و اگر به اذن ولی بوده از هم اکنون بر ولیّ وفاء به آن واجب باشد؟

تنظیر: همانطوری که اگر صبی جنب شد [در اثر وطی که واطی شود یا موطوء] جنابتِ او احکام وضعی دارد و آن اینکه: سبب وجوب غسل بعد از بلوغ است، سبب حرمت تمکین طفل از خط قرآن است. [بر والدین حرام است که بچّهٔ جنب را از دست زدن به خطوط قرآن متمکّن سازند و مصحف را در اختیار او بگذارند] و سببیّت جنابت برای امور مذکور مسلّم است. پس باز هم حدیث از ما نحن فیه [صحت و بطلان عقد صبی، سببیّت و عدم سببیّت آن برای حصول مسبّب آن عقد] اجنبی است و قلم جعل احکام تکلیفی را رفع می کند، و کاری به حکم وضعی ندارد.

[**نکته**: اینکه فرمودند: علی المشهور چنین است، بدان جهت است که: با مبنای خود شیخ نمی سازد.

بیان مطلب: در اصول بحثی است که آیا احکام وضعیّه استقلالاً مجعول هستند و همانند احکام تکلیفی مستقیما و مستقلّاً از سوی شارع تشریع شده اند؟ و یا تبعی بوده و انتزاعی هستند و از احکام تکلیفی انتزاع می شوند؟ مسلک مرحوم شیخ انتزاعی بودن است و بر این مسلک وقتی حدیث رفع قلم حکم تکلیفی را از دوش صبی برداشت و منشأ انتزاع رفت حکم وضعی و امر منتزع هم می رود و جا ندارد بگوئیم: این احکام باقی است. آری بر مسلک مشهور مانعی ندارد که حکم تکلیفی نباشد ولی وضعی باشد پس این جواب بر مبنای مشهور است.]

جواب سوّم:

قوله: وثالثاً:

بر فرض بپذیریم که مراد از رفع قلم، رفع قلم جعل و تشریع حکم است آنهم نه خصوص احکام تکلیفیّه بلکه مطلق الاحکام اعمّ از تکلیفی و وضعی، تمام اینها از صبّی برداشته شده و در حقّ او هیچکدام از اینها جعل نشده است، تمام احکام شرعی مخصوص بالغ و مکلّف است.

و لکن جواب سوّم اینست که: ما فعلاً راجع به حکم صبی بحث نداریم، بلکه سخن از احکام بالغین و مکلّفین است و اینکه آیا اگر صبی به وکالت از دو انسان کامل عقد بیع یا نکاح یا اجاره و... را خواند، این عقد در حقّ آنها سببیّت دارد یا نه؟ ملکیّت و احکام تابعهٔ آن را می آورد یا نه؟ زوجیّت و احکام تابعه را در حقّ موکّل ها می آورد یا نه؟ یا اگر برای خود عقدی خوانده فعلاً که صبّی است اثری ندارد.

کلام در اینست که: پس از بلوغ آیا آن عقد وجوب وفاء دارد یا نه؟ پس سخن در احکام صبی نیست تا بگوئیم: صبی هیچ حکمی ندارد، سخن در احکام بالغین است و اینکه عقد صبی سبب این احکام برای بالغین می شود یا خیر؟ آیا صبی مسلوب العباره است یا خیر؟ و حدیث رفع قلم اینها را شامل نیست پس باز هم از ما نحن فیه اجنبی است.

قوله: وبالجمله:

با توجّه به اشکالهای وارده از خیر حدیث مذکور هم گذشتیم.

قوله: فالعمدة:

عمده دلیل قول مشهور [که صبی را مسلوب العباره دانسته و عقد او را باطل دانسته و هیچ اثری برای آن قائل نیستند.] عبارتست از: اجماع منقول [که در

صدر مسئله از زبان سیّد بن زهره و فاضل مقداد و علاّمه نقل شد.] و شهرت عظیمه [که نوع فقهاء فتوی به بطلان عقد صبی داده اند.] که پشتیبان اجماع است. [سرّ تقویت اجماع با شهرت آنست که: در اصول خواندیم که بر مسلک شیخ اعظم اجماع منقول به تنهائی حجّت نیست، شهرت هم به تنهائی حجّت نیست، ولی اجماع منقول به ضمیمهٔ شهرت محصّله و محقّقه ارزشمند است.] و اگر از این دو بگذریم مسئلهٔ [بطلان عقد صبی] خالی از اشکال نیست.

قوله: ولذا:

در این فراز عبارات فراوانی در رابطه با محلّ اشکال بودنِ مسئله ذکر می کنند:

الف: محقّق در شرایع ابتدا به طور جزم و صددرصد فرموده: عاریه دادن صبی صحیح است و سپس در مورد اجارهٔ صبیِ ممیّز آنهم با اذن ولی [و گرنه بدون اذن قطعاً باطل است.] مردّد شده است[1] پس خیلی مسئله قرص و محکم و اجماعی نیست.

ب: علاّمه در قواعد[2] و تحریر[3] در صحت عاریهٔ صبی اشکال کرده است. و اگر بطلان آن مسجّل و اجماعی بود که جای اشکال نبود.

ج: علاّمه در قواعد[4] فرموده: صحّت بیع صبّیِ ممیّز با اذن ولی مورد نظر و تأمّل است. و اگر بطلان اجماعی بود که جای نظر و تأمل نبود. و بلکه فخرالدین در شرح قواعد[5] فرموده: اقوی صحّت این بیع است [وجه بل ترقّی همین است که نه تنها بطلان را قطعی نگرفته بلکه جانب صحّت را تقویت کرده که به طریق

---

(۱) شرائع الاسلام، ج۲، ص۱۸۰.
(۲) قواعد الاحکام، ج۱، ص۲۲۴.
(۳) تحریر الاحکام، ج۱، ص۲۴۴.
(۴) قواعد الاحکام، ج۱، ص۱۶۹.
(۵) ایضاح الفوائد، ج۲، ص۵۵.

اولی مخالف اجماع بر بطلان است .] و استدلال هم کرده به اینکه : وقتی عقدی با اذن ولیّ انجام می گیرد گویا از خود ولیّ صادر شده است و لسان صبیّ لسان ولیّ است و اینکه اشکالی ندارد .

مرحوم شیخ می فرماید : اگر چه حاکی این استدلال را از زبان فخرالدین نقل کرده ولی ما در شرح قواعد او نیافتیم .

د : محقّق اردبیلی هم صحّت عقد صبی را تقویت کرده است .[۱]

هـ : از کلام علاّمه در تذکره هم استظهار می شود که بطلان عقد صبی اجماعی نیست و ثابت نشده آنجا که فرموده : آیا بیع و شراء صبّی مميّز صحيح است یا نه؟ وجه و احتمال قابل قبول نزد من عدم صحت است[۲] ملاحظه می فرمائید که سخن از عندی است نه عندنا یا عند الامامیّه تا اجماعی شود .

و : علاّمه در تحریر فرموده : بیع صبی در مقام اختبار و امتحان رشد [که قرآن می فرماید : ﴿**وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم**﴾[۳]] صحیح است .[۴]

ز : محقّق ثانی فرموده : هیچ بُعدی ندارد که مسئله صحت و بطلان عقد صبی بر مسئله شرعیّت یا تمرینی بودن عبادات و افعال و اقوال او مبتنی باشد [هر کس افعال و اقوال او را شرعی می داند حکم به صحت عقد او کند و هر کس تمرینی می داند حکم به بطلان کند .]

سپس خود او شرعی نبودن را برگزیده و فرموده : اصحّ نزد من بطلان عقد صبی است .[۵]

---

(۱) مجمع الفائدة والبرهان، ج۸، ص۱۵۲ .
(۲) تذكرة الفقهاء، ج۳، ص۸۰ .
(۳) سورهٔ نساء آیهٔ ۶ .
(۴) تحرير الاحكام، ج۱، ص۲۱۸ .
(۵) جامع المقاصد، ج۵، ص۱۹۴ .

ح: علاّمه در مختلف در باب مزارعه از قاضی ابن برّاج کلامی را نقل کرده که بر صحّت بیع صبی دلالت می کند.[1]

قوله: وبالجمله:

با اینهمه مخالفتها و تردیدها از سوی قدما و متأخرین، مسئله صحّت و بطلانِ عقد صبی خالی از اشکال نیست و نتوان قاطعانه فتوی به بطلان داد، اگر چه بعضِ المعاصرین [جناب صاحب جواهر] مسئله بطلان را مسلّم گرفته و خیلی در تبیین آن اطالهٔ کلام داده و به نظر خویش تا آنجا پیش رفته که بطلان را به بدیهیّات ملحق کرده است[2] ولی به نظر ما مسئله خیلی صاف نیست.

قوله: فالانصاف:

پس از مناقشه در اخبار جواز امر صبّی و خبر رفع قلم می فرمایند: انصاف اینست که حجّت و مدرك ما در مسئلهٔ بطلان عقد صبی عبارتست از: شهرت محقّقه [که خود شخصاً تحقیق کرده و تحصیل شهرت و فتوای مشهور نموده ایم] به ضمیمهٔ اجماع محکّی از تذکره و غنیه.

قوله: بناءً:

ممکن است کسی توهّم کند که منظور علاّمه از «الصغیر محجور علیه بالنص و الاجماع ...» محجوریّت صبی از خصوص تصرفات و افعال استقلالی باشد و ادّعای اجماع بر این امر کرده نه اینکه مرادش محجوریّت مطلقه باشد که حتی با اذن یا اجازهٔ ولی و در یک کلام با رضایت ولیّ هم محجور باشد، و در نتیجه این اجماع به درد آن مدّعا نمی خورد، زیرا مدّعا بطلان عقد صبی است مطلقا، مسلوب العباره بودن اوست مطلقا [استقلالی یا تحت نظر و با رضایت].

مرحوم شیخ در دفع این توهم می فرماید: مراد علاّمه از اجماع بر حجر،

(۱) مختلف الشیعه، ج۲، ص۱۲.
(۲) جواهر الکلام، ج۲۲، ص۲۶۱.

محجوریّت مطلقه است یعنی اذن ولی باشد یا نباشد صبّی حقّ هیچ کاری ندارد و عقد او هم باَطل است. و شاهد این ادّعا استثنائی است که در کلام علاّمه آمده که فرموده «الصغیر محجور علیه بالاجماع ... الاّ عن الاحرام یعنی از احرام برای حجّ و محرم شُدن محجور نیست و احرام جایز است و از خارج می دانیم که احرام تنها در صورت اذن ولی جایز است نه مطلقاً.»

آنگاه اگر مراد از مستثنی منه یعنی «الصغیرُ محجورٌ علیه» خصوص حجر از تصرفات استقلالی وبدون اذن باشد، و مراد از استثناء احرام، خصوص صورت اذن ولی باشد، این احرام از اوّل از مستثنی منه خارج بوده و استثناء آن منقطع خواهد بود نه متصّل.

و با توجه به اینکه اصل در استثناء متصل بودن است [یعنی باید بگونه ای باشد که لولا الاستثناء این مستثنی موضوعاً و حکماً در مستثنی منهٔ داخل بود و استثناءآمد و حکماً آن را خارج کرد.]

می گوئیم: این در صورتی است که از مستثنی منه عموم و اطلاق اراده شود یعنی صغیر مطلقاً محجور است چه با اذن چه بی اذن، مگر از احرام که با اذن ولی محجور علیه نیست. پس ادّعای اجماع بر حجرِ مطلق است و اینکه عقد او هم مطلقاً باطل است. وهو المطلوب.

قوله: وکذا اجماع الغنیة:

در رابطه با ادّعای اجماع سیّدبن زهره هم ممکن است کسی توهم کند که: اینکه سیّد فرمود: عقد صبی بالاجماع باطل است وان اجاز الولیّ، تکیه روی صبی بودن و مسلوب العباره بودنِ او نیست بلکه تکیه روی اجازهٔ لاحقه است، یعنی به نظر ایشان عقد و بیع متعقَّب به اجازه صحیح نیست و اجازهٔ بعد از معامله فائده ای ندارد چه این اجازهٔ لاحقه از ولی نسبت به معاملهٔ صبی باشد و چه از مالک اصلی نسبت به فضولی بالغ و کامل باشد، و در آینده هم در بیع فضولی سیّد

طرفدار بطلان آن است به همین دلیل که باید تجارت عَنْ تراضٍ باشد و از تراضیِ طرفین سرچشمه بگیرد و تراضی سابق بر معامله و از آغاز باشد، نه اینکه بعداً عارض شود.

پس تکیه روی عقد صبی بما هو صبیٌ و مسلوب العباره نیست، بلکه تکیهٔ سیّد در اجماع بر بطلان روی لحوق اجازه است و اینکه اجازهٔ بعدی کافی نیست ولو نسبت به عقد شخص غیر مسلوب العبارة.

آنگاه منافاتی ندارد که کسی بگوید: پس با اذن قبلیِ ولیّ، عقد صبی نباید اشکال داشته باشد و باید صحیح باشد و کلام سیّد این را نفی نکرد، باز هم ادّعای اجماع او به درد مدّعای مشهور نمی خورد.

مرحوم شیخ برای دفع توهم می فرماید: ما از کلام خود سیّد شاهدی داریم مبنی بر اینکه: مدّعای او بطلان عقد صبی است مطلقا ولو با اذن سابق، و آن شاهد اینست که: سیّد به دنبال استدلال بر اجماع به حدیث رفع قلم استدلال کرده و قبلاً کیفیت استدلال مشهور را به حدیث مذکور ذکر کردیم که: مراد قلم جعل احکام است و منظور اینست که هیچ فعلی از افعال صبی نفیاً و اثباتاً نوشته نمی شود، پس عقد او هم کذلک حال اذنی باشد یا نه.

و ظاهر استدلال به دو دلیل بر مدّعای واحد آنست که: مفاد و مؤدّای دو دلیل از حیث عموم و خصوص مثل هم است و چون مفاد حدیث تعمیم دارد پس مفاد اجماع و معقد اجماع نیز عمومیّت است. [اگر خواستی بگو: مراد سیّد از اجازه اجازهٔ مصطلح در قبال اذن نیست بلکه مراد مطلق رضایت است چه سابق و چه لاحق، یعنی حتّی اگر ولَیّ راضی هم باشد عقد طفل باطل است]

قوله: ویؤیّد:

ادّعای اجماع کنز العرفان هم دو اجماع منقولِ مذکور را تأیید می کند.

بیان ذلک: کنز العرفان عدم صحت عقد صبیِ را به اصحاب نسبت داد، ولی

در کلام او تصریح نشده بود به اینکه: ولو ولیّ اجازه دهد و... ما گفتیم: ظاهر این عبارت ارادهٔ تعمیم است و می خواهد بفرماید: عند الاصحاب عقد صبی مطلقاً[با اذن و بی اذن ولی] باطل است، ولی احتمال هم دارد که منظور وی از نسبت بطلان عقد به اصحاب، تنها در فرض عدم اذنِ ولی باشد نه مطلقا و روی همین احتمال تعبیر به «یؤیّد» کردیم.

قوله: نعم:

گرچه اجماعات منقول را با زحمت توجیه کرده و با مدّعای مشهور وفق دادیم ولی جا دارد کسی بگوید: با توجّه به آنهمه مخالفتها و تردیدهائی که از سوی گروهی از اعاظم قدماء و متأخرین، از قبیل محقّق و علاّمه و فخرالدین و قاضی ابن براج و محقق اردبیلی و سرائر و مخصوصاً محقق ثانی ذکر شد، دیگر چه جای ادّعای اجماع است؟ کدام اجماع؟ اجماع خیالی بیش نیست. پس این ضمیمه هم از دست ما گرفته شد.

[**نکته**: چرا فرمود: خصوصاً المحقق الثانی...؟ علّت آنست که: وی صحت و بطلانِ عقد صبی را بر مشروعیّت و عدم مشروعیّتِ افعالِ صبی مبتنی کرد. آنگاه اگرچه خود تمرینی بودن را اختیار کرد و حکم بهَ بطلانَ عقد کرد، ولی با توجه به اینکه مشهور اعمال صبی را شرعی می دانند، و صحت را هم بر شرعیّت مبتنی کرد، پس باید گفت: لازمهٔ کلام ایشان آنست که: مشهور طرفدار صحت عقد صبی هستند، و با وجود مخالفت مشهور به طریق اولی جای ادّعای اجماع نیست.]

قوله: کیف کان:

ولی در عین حال عقیدهٔ ما اینست که: باید به فتوای مشهور عمل کرد و به بطلان عقد صبی حکم کرد. [البته از باب احتیاط خواهد بود نه روی اصل و اساسی و دلیلی]

قوله: ویمکن:

نه تنها از باب احتیاط رأی مشهور را گرفته و با آنان مخالفت نمی کنیم، بلکه از روایاتی هم می توان بر مطلب مشهور و بطلان عقد صبی استیناس کرد [البته فعلاً تعبیر به استیناس است ولی بعداً روی همین روایات تکیه شده و به عنوان استدلال مطرح است و در حقیقت دلیل پنجمی بر رأی مشهور است.]

بیان ذلک: در اخبار مستفیضه از قبیل صحیحهٔ محمد بن مسلم[1] و غیر آن[2] چنین آمده: «عمد الصبی وخطاه واحد» یعنی بچّه نابالغ چه کاری را عمداً و با اختیار و توجه و قصد انجام دهد و چه از روی خطا و اشتباه، هر دو یکی است، و به عبارت دیگر: عمد الصبّی خطأ یعنی شرعاً کار عمدیِ بچّه هم کار خطأی محسوب می شود و احکام فعل خطأی را دارد، آنگاه اصحاب جوامع حدیثی [مرحوم کلینی، مرحوم صدوق، شیخ طوسی ره و ...] این طائفه از روایات را در کتاب دیات و در باب جنایات صبی ذکر کرده اند.

فقهاء سه نوع جنایت بیان کرده اند:

۱ـ جنایتی که عمد محض باشد مثلاً عمداًو به قصد، شخصی دیگری را بکشد یا بر او نقص عضوی وارد کند، حکم آن قصاص است.

۲ـ جنایت شبه عمد، حکم آن دیه است و دیه بر عهدهٔ خود جانی است.

۳ـ جنایت خطأ محض، حکم آن دیه است و دیه را باید عاقلهٔ جانی یعنی منسوبین ذکور پدریِ او از قبیل برادرها، عموها و ... بپردازند، و حکمت مطلب هم یک امر عقلائی است که شرعاً امضاء شده و عرف مردم عملاً چنین کاری را می کنند که اگر یکی از بستگان آنها اشتباهاً جنایتی مرتکب شد اقوام او جمع می شوند و بار را از دوش او برمی دارند و هر کدام به قدر توان می پردازند تا

---

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۹، باب۱۱، ص۳۰۷، حدیث اوّل.
(۲) آدرس قبلی روایات دیگر باب

طرف از هستی ساقط نشود.]

و در رابطه با جنایت صبّی می گویند: عمد او خطا است یعنی اگر عمداً هم کسی را بکشد یا جنایت دیگری وارد کند باز شرعاً حکم قتل خطأی را دارد و باید عاقلهٔ طفل دیه را بپردازند.

ولی اگر ما در خود روایت صحیحه و غیر آن دقّت کنیم می بینیم تعبیر اطلاق دارد و اختصاص به باب جنایاتِ صبی ندارد بلکه بقولِ مطلق فرموده عمده و خطاه واحد یا عمده خطأ و ندارد که عمَده فی الجنایة و ... .

قوله: ولذا:

شاهد بر این اطلاق آنست که: شیخ در مبسوط[۱] و ابن ادریس در سرائر[۲] در رابطه با اخلال صبّیِ محرم در حال احرام که یکی از محرّمات احرام را انجام دهد، آنهم محرماتی که اگر عمداً انجام شوند کفّاره دارند نه مطلقاً، در این رابطه فتوی داده اند به اینکه: اگر صبّی در حال احرام یکی از این گونه محرّمات را مرتکب شد کفّاره نه بر خود او لازم است و نه بر ولیّ طفل واجب است که به نیابت از طفل بدهد، سپس استدلال کرده اند به اینکه: عمد الصبی خطأ پس کفّاره ندارد.

ملاحظه می فرمائید که اینجا سخن از جنایت صبّی نیست و سخن از ارتکاب یک عمل حرام الهی است و معذلک برای نفی کفّاره در چنین موردی به حدیث مذکور استناد شده.

قوله: وحینئذٍ:

حال که روایات اختصاص به جنایات صبی ندارد و مطلق است می گوئیم: هر حکمی از احکام شرعیّه که بر افعال قصدی [افعالی که باید با قصد و اختیار و

---

(۱) مبسوط، ج۱، ص۳۲۹.

(۲) سرائر، ج۱، ص۶۳۶.

عمد انجام شوند تا آن حکم را داشته باشند.] مترتّب باشد، بر فعل صبّی ولو با قصد، مترتّب نیست لانّ عمده خطأ و قصد او مثل عدم قصد است.

قوله: فعقد:

متفرع بر محاسباتی که کردیم می گوئیم: پس انشائات صبی و عقود و ایقاعات او هم فائده ای ندارد ولو با قصد انشاء هم صادر شود، و همانند عقد انسان هاذل و خاطی و نائم و ... می باشد که ارزشی ندارد. و می توان به صورت منطقی گفت: قصد صبی ملغی است «صغری» و دلیل آن روایات مذکور است. و عقود هم تابع قصود است «کبری» زیرا هر انشائی بدون قصد محقّق نمی شود. پس عقود صبّی ملغی است «نتیجه».

قوله: بل یمکن:

مقدمه: اخباری که دربارهٔ جنایات صبّی و اینکه عمد و خطای صبّی یکسان می باشد وارد شده سه دسته است

الف: روایاتی که تنها بر «عمد الصبی و خطاه واحد» دلالت دارند و مقیّد به هیچ قیدی نیستند. [مثل صحیحهٔ محمد بن مسلم از امام صادق علیه السلام، قال: عمد الصبی و خطاه واحد[۱]] تا به حال مرحوم شیخ از اطلاق این دسته استفاده کردند.

ب: روایاتی که دالّ بر حکم مذکور هستند به اضافهٔ یک قیدی و آن اینکه: دیهٔ جنایت صبی بر عاقلهٔ او است. [مثل روایت اسحاق بن عمّار از امام صادق از پدرش از امام علی علیه السلام: عمد الصبیان خطأ تحمله العاقلة.[۲]] ولی میان آن مطلق و این مقیّد منافاتی نیست تا بناچار آن مطلق را بر این مقیّد حمل کنیم، بلکه به هر دو عمل می شود و سرّ مطلب آنست که: اگر مطلق و مقیّدی متنافیان بودند.

---

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۹، ص۳۰۷، باب۱۱، حدیث اوّل.
(۲) وسائل الشیعه، ج۱۹، ص۳۰۷، باب۱۱، حدیث سوّم.

نوبت به جمع عرفی و حمل مطلق بر مقیّد می رسد، ولی اگر متوافقان بودند به هر دو عمل می شود مثل: فی الغنم زکاة، وفی الغنم السائمة زکاة، وما نحن فیه من هذا القبیل.

ج: روایاتی که مشتمل بر سه امر است:

۱ـ عمد الصبی خطا است، ۲ـ دیهٔ جنایت او بر عاقله است ۳ـ قلم از صبی برداشته شده است [البته روایت هم در مورد صبی و هم مجنون است ولی فعلاً بحث ما در صبی است. و آن روایت در متن مکاسب آمده که بعداً توضیح می دهیم.]

با این مقدّمه می گوئیم: اگر چه تا به حال از استدلال مشهور به حدیث رفع قلم جواب داده و آن را ردّ می کردیم و می گفتیم: به جهات عدیده قابل استدلال نیست، ولی حالا می گوئیم: به ملاحظه روایات جنایت صبی و ورود حدیث رفع قلم در ذیل این روایات، می توان به آن نیز استدلال کرد.

بیان مطلب: قرب الاسناد به سند خود از ابو البختری از امام صادق از امام علی علیه‌السلام چنین نقل کرده[1]: دیوانه ای که نقص عقل داشته و قابل افاقه نیست، تا مادامی که خوب نشده، و نیز بچّه ای که هنوز به سنّ بلوغ نرسیده، مادامی که بالغ نشده، حکم هر دو آنست که: عمد آندو خطا است [یعنی کاری را که با عمد و قصد و تعمّداً انجام دهند همانند کاری است که بزرگترها و مکلّفین از روی خطا انجام دهند و احکام کار خطأی را دارد، منتهی نفی حکم به لسانِ نفی موضوع شده یعنی بجای اینکه بفرماید: کار عمدیِ صبّی فلان حکم را ندارد و مثلاً موجب قصاص نیست.

فرموده: کار عمدی صبی مثل غیر عمدی می ماند، و شرعاً کار خطأی محسوب می شود و وقتی موضوعِ فعل خطأی درست شد، حکم هم خواهد

(۱) قرب الاسناد، ص۷۲، حدیث۵.

آمد.] و اگر جنایتی بر کسی وارد کرد دیهٔ آن بر عهدهٔ عاقلهٔ صبّی است. [قانون جنایت خطأی همین است.] و قلم هم از صبی و مجنون برداشته شده است.

قوله: فانّ:

کیفیّت استظهار مطلب از این جملهٔ اخیر: تردیدی نیست که بدون جمله اخیر هم کلام کامل بوده و مفید فائده است، هم موضوع را بیان کرده که عَمْدُهُ خطأ و هم حکم را بیان کرده که: دیته علی عاقلته، مع الوصف چرا جمله سوّم آمده؟ چه نیازی به آن داریم؟ آن جمله در چه مقام وارد شده؟

مرحوم شیخ دو احتمال ذکر می کنند: [البته محشّین مکاسب احتمالاتِ دیگری هم داده اند.]

۱ـ اینَ جمله علّت اصل حکم باشد.

بیان ذلک: منظور از اصل حکم همان دیته علی عاقلته است. گویا کسی می پرسد: چرا دیهٔ جنایت بچّه را عاقلهٔ او بدهند؟ چرا از مال خود او ندهیم؟ امام در جواب فرموده: برای اینکه: قلم از دوش صبّی برداشته شده، به این دلیل او مؤاخذه ای ندارد، دیه از او گرفته نمی شود، پس از عاقلهٔ او می گیریم.

۲ـ جملهٔ اخیر معلول جمله اوّل و حکم اوّل باشد، یعنی اوّل فرمود: شرعاً عمد صبی به منزلهٔ خطا است و آثار فعل عمدی برآن مترتب نمی شود، پس اگر عمدا کسی را کشت قصاص نمی شود، سپس فرمود: و رفع القلم عنهما گویا کسی می پرسد: چرا قلم از صبی و مجنون برداشته شده؛ جواب امام آنست که: از آن رهگذر که عمد او خطا است و شرعاً کارهای قصدی و عمدی او مثل کار خطأی بزرگترها می ماند، به این دلیل وی آزاد است و مؤاخذه نمی شود و قلم از او برداشته شده، و گویا کاری نکرده است.

حال اگر رفع قلم را به رفع مؤاخذه و عقاب اخروی بزنیم با هیچکدام از دو احتمال تناسب و ارتباطی ندارد نه با احتمال علّت بودن که علّت نبود دیه و مؤاخذهٔ

مالی است نه عقاب و مؤاخذه اخروی، و نه با احتمال معلول بودن که معلولِ نبود قصاص و مؤاخذهٔ جانی در دنیا است نه عقوبت اخروی.

برای حفظ ارتباط و سنخیّت میان علّت و معلول می گوئیم: از رُفع القلم تنها مؤاخذهٔ اخروی و عقوبت اراده نشده بلکه اعمّ از مؤاخذهٔ اخروی و دنیوی، وضعی و تکلیفی اراده شده است و به عبارت دیگر: مراد رفع قلم جعل احکام است، پس صبی اگر کار حرامی کرد عقاب ندارد، اگر جنایت عمدی کرد قصاص ندارد، اگر شبه عمد بود دیه ندارد و... همهٔ اینها مرفوع است.

و افعال الصبی و لو عن عمدٍ و قصدٍ صادر شود هیچ اثری ندارد، پس انشائات او هم لغو و بی اثر خواهد بود، اقرارهای اوهم که مالی را به عهده می گیرد و به نفع زید و اقرار می کند اثر ندارد، و از این جهت حدیث رفع قلم اطلاق دارد و فرقی میان صورت اذن و عدم اذن نمی گذرد و مفادش آنست که: مطلقاً انشائات و اخبارات صبی اثر ندارد، نه اینکه منظور این باشد که استقلالاً محجور است ولی مع الاَذن بلامانع است، خیر مطلقاً محجور است، یعنی صبیّ کلاً مسلوب العبارة است، مسلوب القصد است، وهو المطلوب.

پس استدلال به حدیث رفع قلم هم صحیح است. [نکته: می توان گفت: چون در روایات رفع قلم صبی را در کنار مجنون و نائم ذکر کرده و از هر سه رفع قلم شده، وبلاشک در مورد مجنون مراد قلم جعل احکام است، به این مراد از رفع قلم در مورد صبی هم قلم جعل احکام باشد، و نیازی به این تفصیلات نیست.]

قوله: ثمّ انّ:

حال که از حدیث رفع قلم عمومیّت استفاده شد و گفتیم: مراد قلم جعل احکام است و صبی هیچ مؤاخذه ای ندارد، نه اخروی نه دنیوی، نه وضعی، نه تکلیفی، می گوئیم:

بنابر احتمال اوّل از دو احتمال مذکور، [یعنی بنابر علّت بودنِ جمله رُفع القلم و دیته علی عاقلته، و اینکه چون قلم احکام کلاً برداشته شده پس دیهٔ شبه عمد از مال عاقله است نه خود صبی، و او مؤاخذهٔ مالی ندارد.] یک محذور بزرگی پیدا می شود و آن اینکه: لازمهٔ این تعمیمِ علیّت آنست که: پس اگر صبی و مجنون مال کسی را هم اتلاف کردند مؤاخذه نداشته باشند و ضامن نباشند، بدلیل رفع قلم، در حالی که نوع فقهاء به این لازم ملتزم نشده و در مورد اتلاف فتوی به ضمانِ صبی داده اند، با این محذور چه کنیم؟

ممکن است کسی در صدد توجیه برآمده و بگوید: جملهٔ رفع القلم تعمیم دارد و هرنوع مؤاخذه ای را از دوش صبیّ برمی دارد حتّی ضمان عند الاتلاف را ولی از خارج می دانیم که: ما من عامّ الاّ و قد خصّ یعنی اغلب عمومات مبتلا به تخصیص شده اند.

حال چه مانعی دارد بگوئیم: این عام نیز به باب اتلاف تخصیص خورده یعنی همه جا و نسبت به هرمؤاخذه ای رُفِعَ عن الصبی مگر نسبت به اتلاف و ضمان که رفع قلم نشده و حکم مذکور نیست؟

مرحوم شیخ می فرماید: این توجیه بعید است. [شاید وجه مطلب آن باشد که: حدیث رفع قلم در مقام امتنان وارد شده و آبی از تخصیص است. و شاید مراد این باشد که علّت به منزلهٔ نصّ به این موارد است و نصّ توجیه بردار نیست.]

پس محذور به قوّت خود باقی است ولی در عین حال لطمه ای براستدلال به حدیث رفع قلم نمی زند چرا که احتمال دیگری هم بود که جملهٔ رفع القلم معلولِ جمله عمد الصبی خطأً باشد، و اگر معلول شد از حیث توسعه و تضییق تابعِ علّت خواهد بود، و علّت مخصوص کارهای عمدی و قصدی است یعنی اعمالی که در آنها تعمّد و قصد دخیل است نسبت به آنها رُفعَ القلم عن الصبی [مثل معصیت که

تا فعلی با عمد و قصد انجام نشود معصیت نیست و موجب استحقاق عقوبت نمی‌شود، و مثل قصاص و دیه از مال جانی و ...] ومسئله اتلاف مال الغیر موضوعاً و تخصّصاً از این عنوان خارج است زیرا در اتلاف عمد و قصد دخیل نیست بلکه چه عمداً و چه سهواً و خطأً و به هرشکل که موجب تلفِ مال مردم شود ضامن است.

[نظیر ملاقات با نجاست که سبب تنجّس ملاقی می گردد ولی ترتّب نجاست برملاقات به خاطر این نیست که ملاقات یک فعل اختیاری است و با عمد و قصد از او صادر شده بلکه مطلقاً این اثر برآن بار می شود چه بالارادة و الاختیار باشد و چه بالجهل باشد یا بالغفلة والنسیان والقهر ...]

قوله: ثم انّ:

قلمی که از صبی و مجنون مرفوع است منظور خصوص قلم مؤاخذه ای است که در حقّ بالغ ها و مکلّف ها موضوع و ثابت است، یعنی آن مؤاخذاتی که اگر مکلّف بود آنها را داشت، حالا که صبّی است که آن آثار و مؤاخذات را ندارد. [اگر بالغ بود و عمداً شرب خمر می کرد مستوجب عقاب اخروی و حدّ شرعی بود، اگر عمداً جنایتی می کرد قصاص داشت، اگر شبه عمد بود دیه از مال جانی بود. و ... حال که صبّی است که اگر این کارها را کرد آن مؤاخذه ها را ندارد] نه اینکه هیچ حکمی ندارد، حتّی احکامی هم که موضوعش صبّی است و در حقّ او ثابت است، آنها را هم ندارد، خیر این احکام ثابت است، فی المثل تعزیرات در حقّ صبیان هم ثابت است؛ که اگر سرقت کرد قطع ید ندارد ولی انگشتان او را می مالند تا قدری زخم شود و عبرت بگیرد، یا در بعض موارد چند تازیانه می خورد تا تأدیب شود، اینگونه احکام ثابت است.

[نظیر حدیث رفع الخطأ و النسیان و ... که احکامی را که افعال ما در حال اختیار و ذُکر والتفات دارند در حال خطأ و نسیان برمی دارد نه احکامی را که

موضوع آنها خطا و نسیان است مثل دیه که موضوعش قتل خطائی است و سجدهٔ سهو که موضوعش نسیان است و ... که اینها با خود خطا و نسیان ثابت می شوند و معنا ندارد که بوسیلهٔ خود اینها مرتفع شوند و از اثبات شیئی عدمش لازم آید.]

قوله: والحاصل:

نتیجهٔ اجماعات منقول، اخبار عمد الصبی خطأ، اخبار رفع القلم، [که مورد استدلال ما واقع شدند] آنست که: در آن افعالی که قصد و عمد معتبر است و بدون قصد اثر ندارند، اگر این افعال از صبی صادر شد آن آثار را ندارد و قصد و عمد صبی وجودش کالعدم است. بنابراین انشائات که قوامش به قصد است از صبّی اگر صادر شد اثر ندارد و ملغی است و فرقی ندارد که اصالةً و برای خود عقدی بخواند و یا به وکالت از بزرگترها، و نیز قبض و اقباض او هم ارزشی ندارد و مثل عدم قبض و اقباض است، کلیّه تعهدات و التزامات او نیز ملغی است مثلاً اگر از کسی ضمانت کند، به نفع کسی اقرار کند، مالی را نذر کند، خانه ای را اجاره دهد و ... هیچ کدام مؤثر نخواهد افتاد.

قوله: وقال فی التذکرة:

جناب علاّمه در تذکره مطلب جامعی دارند که در تایید کلام خود از آن استفاده می کنیم: ایشان فرموده: همانطوری که تصرّفهای لفظی و قولی صبّی صحیح و مؤثر نیست [انشائات او، عقود و ایقاعاتش و ...] همچنین تصرّفهای فعلی و عملیِ او هم بی فائده است، متفرع براین مطلب:

۱ـ اگر کسی مالی را به طفلی هبه کرد و ولیّ طفل هم هبه را قبول کرد، ولی ما ل موهوب را به دست صبّی داد با این قبض ملکیّت حاصل نمی شود، و بچّه مالک مال نمی شود، زیرا در هبه شرط ملک قبض است و قبض صبی کلا قبض است و اثر ندارد. پس کما کان مال به ملک مالک اصلی باقی است.

۲ـ اگر شخصی مالی را به دیگری هبه کرده و دیگری هم قبول کرده ولی به

بچّه گفته: تو برو و مال را قبض کن باز قبض صبّی فائده ای ندارد و بدین وسیله متّهب یا موهوب له مالک نمی شود.

۳ـ اگر طلبکاری به بدهکار بگوید: طلب مرا به فلان بچّه بده و بدهکار هم چنین کند، با دادن به بچّه دَین از دوش او برداشته نمی شود و کما کان مشغول الذمّه است و مبلغی را هم که به صبّی داده به ملک خود مدیون باقی است و اگر احیاناً در دست بچّه تلف شد ضرر به خود مدیون می خورد، چون خود او اقدام کرده و با دادنِ مال به بچّه موجب تضییع و از میان رفتن مال گردیده، و هر کس به ضرر خویش اَقدام کند دیگران در قبال مال او مسئولیّتی ندارند، و کما کان مدیون است زیرا دَین امری است در ذمّه و تا ذمّه را به طرز صحیح فارغ نکند برداشته نمی شود، و قبض صبّی شرعاً صحیح نیست پس قرض از گردن او برداشته نمی شود.

تنظیر: همانطور که اگر طلبکار به بدهکار بگوید: مبلغی را که از شما طلبکار هستم به دریا بیاندازید، بدهکار حق ندارد و چنان کند و اگر کرد به خود ضرر زده و جداگانه باید بدهیِ خود را بپردازد از ذمّه اش برداشته نمی شود.

امّا اگر شخصی نزد ودعی و امانت نگهدار، مالی را به امانت سپرده که حقّ مالک بر ذمّه ودعی نیست بلکه به عین خارجی تعلّق دارد، در این صورت اگر به ودعی گفت: مال مرا به این طفل بده، یا بدریا بیانداز، و ودعی چنان کرد، ضرر به خود مالک می رسد و امانت دار مسئولیّتی ندارد، سرّ مطلب آنست که: اینجا از اوّل حقّ مالک معیّن و مشخّص است و به عین خارجی تعلّق دارد، والناس مسلطون علی اموالهم پس می تواند آن را بدریا بریزد یا تلف کند و ... .

۴ـ اگر مال ودیعه مال طفل بود و ودعی آن را به خود طفل داد و در دست او تلف شد، در اینجا ولو با اذن ولی هم به بچه داده باشد ضامن است، زیرا ودعی حق ندارد اموال صبی را حتی با اذن ولیِّ طفل تضییع کند، و دادن مال به صبی

یعنی تضییع آن، که جایز نیست.

۵ـ اگر بچّه ای دینار یا اسکناسی را نزد صرّاف برده و از او می خواهد آن را خورد کند، یا کالائی را نزد خبره و قیمت شناس برده و از او می خواهد آن را قیمت کند، به مجرّد اینکه صرّاف یا کارشناس این دینار و متاع را از بچّه گرفت، حق ندارد آن را به خود صبّی برگرداند بلکه باید به ولیّ طفل برساند، و گرنه ضامن است.

۶ـ اگر ولیّ بچه گفت: فلان مال را به بچّه بپرداز، چنانچه مال خود ولیّ بود و به بچّه داد، ضامن نیست زیرا ولیّ بر مال خود مسلّط است و اگر به دریا هم بیافکند به کسی مربوط نیست، ولی اگر مال بچّه باشد حق ندارد به بچّه بدهد، چنانچه حق ندارد مال صبّی را به دریا بیفکند ولو ولیّ اذن هم بدهد.

۷ـ اگر دو بچّه با یکدیگر معامله ای کرده و عوضین را از یکدیگر گرفته و تلف کردند، چنانچه معامله با اذن ولیّ بچّه ها بوده، اولیاء ضامن هستند و باید جای مال تالف را در ملک طفل پر کنند، و اگر بی اذن بوده، و خود بچّه ها مال یکدیگر را تلف کرده اند، خودشان ضامن هستند.

۸ـ آری اگر کسی دقّ الباب کرد و بچّه فتح باب کرد و شخص وارد شد، یا هدیّه ای را به کسی رساند و طرف آن را گرفت که صرفاً بچّه نقش ایصال دارد، اینها اشکالی ندارد و شخص می تواند هدیه را بگیرد یا مُهدی آن را بوسیلهٔ بچّه ارسال کند، و دلیل جواز هم مسامحهٔ سلف و فقهاء گذشته در این امور می باشد و عرفی هم هست.[۱]

قوله: ثمّ انّه ظهر:

نظریّهٔ مرحوم شیخ به پیروی از مشهور عبارت شد از: بطلان معاملاتِ صبی آنهم مطلقاً یعنی چه بالاصالة و چه بالنیابة و در هر صورت با اذن و اجازهٔ ولی یا

(۱) تذکرة الفقهاء، ج۱، ص۴۶۲.

بدون اذن، و دلائل ایشان عبارت شد از: شهرت محصّله به ضمیمهٔ اجماع منقول، اخبار عمد الصبّی خطأ، و اخبار رفع قلم.

حال می فرمایند: در حکم به بطلان فرقی میان اشیاء یسیر و حقیر و کم ارزش با اشیاء خطیر و گرانقیمت و پرارزش نیست، و ما میان این دو دسته تفصیل نمی دهیم، بلکه به طور کلّی می گوئیم: معاملات صبّی باطل است چه شیئی کم ارزش را خرید و فروش کند و چه چیز پرارزش را، و دلیل ما بر این اطلاق و عموم عبارتست از: عموم نصّ و فتوی، یعنی هم نصوص رفع قلم و عمد الصبی خطأ مقیّد به چیزی نبود، و هم فتاوای مشهور به بطلان مقیّد به اشیاء خطیر و مانند آن نبود، و به اطلاقش معامله بر اشیاء حقیر و کم ارزش را نیز شامل می شد.

قوله: حتّی انّ:

گروهی از عامّه و خاصّه در این نظریّه با ما مخالف بوده و قائل به تفصیل گردیده و میان معاملات صبی فرق گذاشته و گفته اند: اگر شیئی کم ارزش را خرید و فروش کند معامله اش صحیح است. ولی اگر شیئی گرانقیمت و پرارزشی را معامله کند باطل است. از مجموع سخنان این گروه چند دلیل مستفاد است که ذیلاً آنها را نقل و نقد می کنیم:

اوّلین سخن از بعض العامّه است که برای جواز بیع صبی در اشیاء حقیر به قصّهٔ ابوالدرداء [هو عویمر بن عامر بن زید الخزرجیّ الانصاریّ المدنیّ الصحابی المجهول الحال[1]] استناد کرده اند، و آن اینکه: ابوالدرداء گنجشکی را از بچّه ای خریداری کرده و آن را رها کرد. پس معلوم می شود: معامله با صبّی بر شیئی یسیر بلامانع است.

مرحوم علامّه در تذکره از این قضیّه جوابهائی داده که مورد پسند مرحوم

(۱) تنقیح المقال، ج۳، من فصل الکنی باب دال و ذال و راء، ص۱۶، سطر اوّل و دوّم.

شیخ است و همانها را نقل کرده:

۱ـ چنین قصّه ای برای ما ثابت نیست. [چون تنها از طریق برخی از عامّه نقل شده است[۱]]

۲ـ بر فرض ثبوت، ارزشی ندارد. [زیرا ابوالدرداء که معصوم نیست تا عمل او برای دیگران حجّت باشد.]

۳ـ بر فرض ثبوت و حجّیت، قابل توجیه است بگونه ای که از محلّ بحث خارج شود[۲] [به اینکه: شاید ابوالدرداء ولیِّ طفل بوده که اگر ولیّ باشد شرعاً می تواند مال صبّی و مولّی علیه را به خودش یا دیگران بفروشد، و ربطی به معاملات صبّی با دیگران ندارد.]

قوله: وبه یظهر:

دوّمین سخن از مرحوم فیض کاشانی در کتاب مفاتیح است که فرموده: به نظر ما اظهر آنست که معاملات صبّی نسبت به چیزهائی که عادت مردمان بر آن جاری شده که به بچّه می سپارند و با او معامله می کنند، یعنی نسبت به اشیاء یسیر و کم ارزش، صحیح است و بیع و شراء او بلامانع است. و سپس برای جواز به قانون نفی حرج استدلال کرده و فرموده:

منع صبی از معاملات عسر و حرج است «صغری»
و عسر و حرج در اسلام منفی است «کبری».
پس منع و تحریم مذکور منفی است «نتیجه».
پس معامله با صبی جایز است وهو المطلوب.[۳]
مرحوم شیخ می فرماید:

---

(۱) فقه المذاهب، ج۲، ص۱۶۰، حنابله این استدلال را کرده اند.
(۲)
(۳) مفاتیح الشرایع، ج۳، ص۴۶.

اولاً دلیل شما را قبول نداریم، زیرا منظورتان از اینکه معامله نکردن با صبی مستلزم حرج است چیست؟ آیا منظور اینست که: برای هر معاملهٔ کوچکی بزرگترها و بالغین و پدر و مادرها اقدام کنند؛ برای آنان حرج و مضیقه است؟ وجداناً چنین نیست. یا منظورتان اینست که: معمولاً مردمان بچّه ها را به کارها و معاملات کوچک می گمارند و سر چهارراهها و میادین و ... مقداری جنس از خوراکی و غیره به بچّه ها داده و آنها می فروشند، آنگاه اگر بنا باشد ما با آنان معامله نکنیم و بدنبال مغازه یا فروشندهٔ بزرگسال بگردیم برای ما حرجی است؟ باز هم وجداناً چنین نیست، و در یک کلام اینکه بزرگترها و مکلّفین خریدار یا فروشنده شوند و متقابلاً از مکلّفین خریداری کنند یا به آنها بفروشند هیچ مضیقه ای ایجاد نمی کند تا از راه نفی حرج فتوی به جواز معامله با صبیان بدهیم.

و **ثانیاً** اصل فتوی و حکم شما را [که به طور مطلق فرمودید: بیع و شراء صبی در اشیاء حقیر جایز است] نیز قبول نداریم، زیرا اگر منظورتان از اطلاق مذکور این باشد که صبّی حتی مستقلاً و بدون اذن ولیّ هم می تواند اقدام کند آنهم نسبت به مال خودش و بالاصالة طرف معامله قرار بگیرد و نیازی به جلب رضایت ولیّ نیست. خواهیم گفت: این برخلاف اجماع است زیرا اجماع قائم است که صبّی نسبت به مال خود حق ندارد مستقلّ از ولیّ اقدامی کرده و بیع و شرائی انجام دهد.

قوله: وامّا ما ورد:

این فراز در حقیقت ربطی به تفصیل مذکور ندارد، و به اصل مطلب مربوط است، بیان مطلب:

اصل مطلب این بود که: معاملات صبّی کلاً باطل است به دلائلی که ذکر شد، حال ممکن است کسی در قبال مشهور به روایت سکونی تمسک کرده و بگوید: معاملات صبّی صحیح و مشروع است [البته با قیودی که در روایت

خواهد آمد.]

امّا متن روایت:

عن السکونی عن الصادق علیه السلام قال: نهی رسول الله صلی الله علیه و آله عن کسب الاماء، فانّها ان لم تجد زنت، الاّ امة قد عرفت بصنعة ید ونهی عن کسب الغلام الصغیر الذی لا یحسن صناعة بیده، فانّه ان لم یجد سرق[1].

و امّا کیفیت استدلال: در بخش دوّم روایت که محلّ شاهد می باشد، دو نکته به چشم می خورد:

۱ـ جمله وصفیّه: فرمود: پیامبر از کسب و داد و ستد بچّهٔ صغیری که صنایع دستی را نیک نمی داند [و از عهدهٔ ساختن آنها به خوبی برنمی آید.] نهی فرمود.

حال نفرمود که: کسب صبی مطلقا منهی است چون صبّی است و افعال و تصرّفات و معاملات او ارزشی ندارد، بلکه روی وصف: الذی لا یحسن صناعة بیده، تکیه کرد و مفهوم وصفِ کلام آنست که: فالذّی یُحسن صناعةً بیده لا نهی عن کسبه یعنی اکتساب و معَاملهٔ چنین طفل صغیری بلامانع است. [البته جملهٔ وصفیّه مفهوم ندارد.]

۲ـ جمله شرطیه یا تعلیلی که ذیلاً برای نهی از کسب صبّی آورد که فرمود: فانّه ان لم یجد سرق، یعنی روی صبی بودن و مسلوب العباره بودن و رفع قلم و... تکیه نکرد بلکه روی این جمله که: صبی اگر مالی نیابد دست به سرقت می زند و ما از ناحیهٔ او مطمئن نیستیم و... تکیه شد، و مفهوم شرط کلام یا دوران حکم در مدار علیّت، اقتضا می کند که بگوئیم: پس اگر این احتمال در حقّ صبّی و طفلی داده نشد و مطمئن بودیم که سرقت نمی کند، معاملهٔ با او بلامانع است. وهو المطلوب که: فی الجمله و با قیودی معاملات صبی جایز است.

---

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۲، ص۱۱۸، باب۳۳ من ابواب ما یکتسب به حدیث اوّل.

قوله: فمحمول:

مرحوم شیخ می فرماید: از آنجا که روایت مذکور مخالف اجماع و شهرت و روایات فراوانِ رفع قلم و عمد الصبی خطأ و... می باشد و نمی تواند در قبال آنها مقاومت کند، ناگزیر باید توجیه کرده و آن را برخلاف ظاهرش حمل کنیم.

بیان ذلک: کلمهٔ کسب مصدر است و ظاهرش همان اکتساب و داد و ستد است، ولی بگوئیم: اینجا از کلمهٔ کسب معنای اسم مصدری اراده شده و الاکتساب ای المکتسب و منظور از مکتسب هم عوض و فائده و ربح کسب است، یعنی مالی که به چنگ آورده و جزء ما یملک او است، چه آن عوض و مال از راه التقاط [حیازت مباحات، احیاء موات، سبقت بسوی چیزی که احدی بدان سبقت نگرفته و ...] بدست آمده باشد، یا اجرتی است که بابت عملِ صبی به او داده شده و ملک او گردیده [منتها اجاره ای که به اذن ولی منعقد شده تا صحیح باشد و طفل مستحق اجرة المسمّی شود.] یا اجرتی که طفل در مقابل عملش گرفته منتها بدون اذن ولی خود اجاره بسته که اجاره اش باطل است ولی از آنجا که عمل محترم است، مستحق اجرة المثل می شود.

و یا به امر مالکی برای او کاری انجام داده [ولو اجاره ای منعقد نشده] ولی عمل محترم و عوض دارد، که باز مستحق اجرة المثل می شود، تمام این اموال ملک صبّی است. و منظور از کسب یعنی مکتسب یعنی مالی که در اختیار صبّی و ملک او است و رسول خداﷺ از این اموال نهی کرده است.

ممکن است بپرسید: اینها که ملک صبّی است، پس چرا ولیّ و دیگران از آن نهی شده اند؟ جواب آنست که: این نهی یک نهی تنزیهی و کراهتی است که نزدیک شدن به آن مکروه است و اجتناب از آن مستحب است [نه نهی تحریمی]

و سرّ مطلب همان است که در حدیث گفته آمد که: از ناحیهٔ او مطمئن نیستیم و احتمال سرقت می دهیم و از مال مشکوك اجتناب کردن بهتر است. و

البته این در صورت عدم اطمینان است امّا اگر علم و اطمینان به صدق ادّعای صبّی داشتیم و مطمئن شدیم که دروغ نمی گوید، سرقت نکرده، بلکه کار کرده و مال را به چنگ آورده، اجتناب مستحب نیست. و این جهت اختصاص به صبی هم ندارد، بلکه بطور کلّی هر انسانی که بی مبالات است و از حلال و حرام پرهیزی ندارد و ما احتمال می دهیم که اموال او مخلوط به حرام باشد، اجتناب از مال او بهتر است. پس این روایت هم ردّ بر نظریّهٔ مشهور نشد.

قوله: وکیف کان:

برگردیم به تفصیلی که ذکر شد، و مجدّداً بگوئیم: قول به تفصیل خیلی باطل است.

قوله: نعم:

سوّمین سخن از مرحوم صاحب ریاض است[1]: جناب ایشان همان تفصیل را داده و فرموده: نسبت به اشیاء حقیر معاملهٔ صبی جایز است، منتها یک قیدی هم افزوده و آن اینکه: در صورتی صحیح است که صبّی صرفاً آلتی بیش نباشد که از سوی ولیّ و کسی که اهلیّت تصرّف دارد نصب شده باشد [یعنی حتّی در اشیاء حقیر، از خود اظهار نظری ندارد و دقیقاً قیمتی را که ولیّ او در اختیار او گذاشته همان را بیان کرده و متاع را به مشتری می دهد و پول را هم گرفته و در دخل پدر می اندازد.]

و برای این مطلب به سیرهٔ مستمره استدلال کرده و فرموده: در طول تاریخ پیوسته چنین بوده که در اشیاء حقیر آنهم با کیفیّتی که ذکر شد به بچّه ها هم مراجعه می شد.

قوله: وفیه:

مرحوم شیخ در ردّاین استدلال می فرماید: اینگونه سیره ها ارزشی ندارد،

---

(۱) ریاض المسائل، ج۱، ص۵۱۱.

زیرا از کم مبالاتی و بی توجّهیِ مردم نسبت به امر دین سرچشمه می گیرد و همانند بقیّهٔ سیره های فاسد و باطل آنها اعتباری ندارد.

و مؤیّد ادّعای مذکور آنست که: در اثر بی مبالاتی فرقی میان صبّیِ ممیّز و غیر ممیّز نگذاشته و در امور حقیر با هر دو معامله و داد و ستد می کنند، [در حالیکه قطعاً با غیر ممیّز معامله صحیح نیست.] و نیز فرقی میان صبّی و مجنون نمی گذارند. [در حالی که قطعاً در امر یسیر هم معامله با مجنون صحیح نیست.]

و نیز فرقی میان استقلال در تصرّف و غیر استقلال نمی گذارند، و ای چه بسا روزانه مبلغی به فرزندان پول داده و آنها هر گونه مایل بودند خرج و صرف می کنند و والدین اصلاً اطلاعی هم پیدا نمی کنند، [در حالی که قطعاً و بالاجماع معاملات استقلالیِ او ممنوع است.] پس خیلی نتوان به سیره اعتماد کرد.

قوله: معَ انّ الاحالَة:

در سخنان فیض کاشانی سخن از: ما جرت العادة... به میان آمد، و مطلب را به عادتِ مردمان حواله کردند، مرحوم شیخ می فرماید: اینهم حواله بر مجهول بوده و صحیح نیست زیرا ضابطهٔ مشخّصی ندارد، بلکه آنچه از مردمان معمول است عبارتست از اینکه: به هر بچّه ای آنچه را که در آن زیرك بوده و فریب نمی خورد می سپارند.

فی المثل به بچّه شش ساله این مقدار اجازه می دهند که برود و یک بسته سبزی یا یک تخم مرغ خرید و فروش کند، به بچّه هشت ساله اجازه می دهند که برود گوشت بخرد، نان تهیّه کند و ...، به بچّه چهارده ساله بیش از اینها اجازه می دهند که: با مبلغ بیشتری برود و پارچه یا جامه ای خریداری کند، حیوانی خریداری کند و بلکه امر تجارت را عهده دار شده و همراه کاروان به سفر تجارتی برود و فرقی میان ۱۴ ساله که بالغ نیست با ۱۵ ساله که بالغ شده نمی گذارند، ولی کارهایی بسیار عظیمی از قبیل: معامله باغها و منزلها و ... را به او واگذار

نمی کنند.

آری وقتی خیلی خبره و کارکشته شد و تجربهٔ تجاری کسب کرد کم کم این گونه امور را هم بدانها واگذار می کنند. پس یک ضابطهٔ کلّی ندارد و قدم به قدم به تناسب سنّ بچّه ها و ارزش مال مطلب فرق می کند و چیز مشخّصی نیست که سیره بر آن جاری شود.

قوله: وکیف کان:

سخن صاحب ریاض هم مثل سخن فیض کاشانی با فتوای مشهور مخالف است و قبلاً کلام علاّمه را از تذکره نقل کردیم که فرموده بود: اگر طفلی دیناری را به صرّاف داد تا نقدش کند، یا کالائی را داد تا قیمت گذاری کند، به مجرّد اینکه صرّاف یا مقوّم آن را گرفت حق ندارد به بچّه برگرداند، با اینکه بچّه در اینجا آلتی بیش نیست ولی معذلک علاّمه فرمود: قابل ردّ نیست.

و نیز فرمود: ودعی حق ندارد حتی با اذن ولیّ هم مال طفل را به خود طفل بدهد، با اینکه در این فرض طفل به منزلهٔ آلت برای ولیّ است و از خود اختیاری ندارد، معذلک فرمود: صحیح نیست. پس تفصیل صاحب ریاض هم ناتمام است.

قوله: وقال کاشف الغطاء:

بطور کلّی در رابطه با معاملات صبی دو بحث وجود دارد:

۱ـ **از نظر حکم وضعی**: آیا معَاملات صبّی موجب ملکیّت و نقل و انتقال و ترتّب اثر هست یا نه؟ مطالبی که تا به حالَ ذکر شد در همین رابطه بود و بطور خلاصه سه نظریّه وجود داشت:

الف: معاملات صبّی مطلقاً باطل است، رأی مشهور و شیخ اعظم همین بود.

بـ معاملات صبّی مطلقاً صحیح است، این رأی قائل نداشت و به صورت

یک احتمال مطرح است.

ج ـ در اشیاء کم ارزش معاملات صبیان صحیح و مملِّک است ولی در اشیاء خطیر و پرقیمت معاملهٔ بچّه ها باطل است. رأی فیض کاشانی و صاحب ریاض این بود.

۲ـ **از نظر حکم تکلیفی**: آیا معامله با صبّی و سپس گرفتن متاع از دست او سببِ اباحهٔ تصرّف می گردد و گیرنده حق دارد در آن هر نوع تصرّفی بکند [ولو ملکِ او نشود] یا اباحه آور هم نیست؟ از حالا تا پایان این مسئله دربارهٔ همین حکم تکلیفی بحث می شود:

مرحوم کاشف الغطاء فرموده: عقد صبّی [وکذا ایقاع او بلکه به طریق اولی] مطلقاً باطل است چه بالاصالة و برای خود خرید و فروش کند و چه بالوکالة و برای دیگران. [رأی ما همین بود که دلائل آن گذشت] سپس فرموده: با یک سلسله شرائطی معاملهٔ صبّی موجب اباحهٔ تصرّف می گردد: [فعلاً همین مورد بحث است].

۱ـ **تمیز**: معامله با صبّیِ ممیّز باشد. [پس با غیر ممیّز حتی مفید اباحه نیز نمی باشد.]

۲ـ به صورت تردید احد الامرین شرط است:

الف: صبّی در جای ولیِّ خود نشسته باشد. [در مغازه و محلّ معاملهٔ پدر، فرضاً برای ساعتی پدر بیرون می رود و بچّه را جای خود می نشاند که او مغازه را بچرخاند و معامله کند.]

ب: صبّی علی رؤوس الأشهاد یعنی در مرئی و منظر و مسمع مردمان معامله کند که کاملاً مردم او را می بینند و در معرض مشاهده است [مثلاً جلوی درب منزل، سر کوچه، سر چهارراه، در میدان، در بازار، در خیابان و ...] هدف از ذکر این شرط با هر دو بخش آن عبارتست از اینکه: بدین وسیله و با این امارات

ظنّ و اطمینان به اذن و رضایت ولیّ حاصل شود، یعنی مطمئن شویم که ولیِّ طفل او را به این کار گماشته و به او اذن داده است.

قوله: خصوصاً:

یعنی با احراز شروط مذکور، معامله با صبی مطلقاً موجب اباحهٔ تصرّف است [چه در اشیاء خطیر و چه حقیر] و به ویژه در اشیاء حقیر و کم ارزش که بناء عرف بر مسامحه است [در ادامه خواهد آمد] و به طریق اولی موجب اباحهٔ تصرّف است.

سپس کاشف الغطاء فرموده: اگر قدم را فراتر گذاشته و بگوئیم: پس از احراز اذن ولیّ و مأذون شدن طرف معامله با طفل در جمیع تصرّفات و حصول اباحهٔ مطلقه، اگر کسی بگوید: این مأذونیّت و مجاز بودن کاشف از ملکیّت است و گیرنده مالک هم می شود، و متفرّع بر آن وی هم موجب است [به نیابت از مالک اصلی و ولیّ، این مال را به خود تملیک می کند] و هم قابل است [برای خود هم قبول می کند.] چنین چیزی بعید نخواهد بود[1] [زیرا از لحاظ ظاهری مشکلی ندارد، چون در حقیقت هر دو طرف معامله به دست انسان کبیر انجام گرفته، هم او موجب است و هم او قابل است، و نقصی ندارد.]

قوله: وامّا:

[این فراز چون عدل فراز بعدی یعنی: وان اراد بذلک ... می باشد بهتر بود بفرماید: ان اراد بذلک ای ثبوت الاباحة انّه ناشٍ من اذن الولیّ وانّ المؤثر في الاباحة انّما هو تصرّفه ومعاملاته باذن الولیّ فقد عرفتَ ... .]

مرحوم شیخ در نقد و بررسی کلام کاشف الغطاء دو مطلب دارند: مطلب اوّل نقدی بر بخش اوّل کلام کاشف است: شما که فرمودید: نعم ثبت الاباحة ... منظورتان چیست؟ آیا منظور این است که در فرض احراز اذن و

(۱) شرح قواعد خطّی.

رضایت ولیّ و وجود شروط مذکور، این خود تصرّف و معاملهٔ صبّی است که موضوعیّت داشته و مؤثّر بوده و سبب اباحه می گردد؟ اگر این باشد که باطل است و خلاف مشهور است. زیرا از چند حال خارج نیست:

۱ـ یا این معامله قولی و دارای انشاء و عقد بوده که مبسوطاً بحث کردیم و به این نتیجه رسیدیم که صبّی مسلوب العبارة است و انشاء او هیچ اثر ندارد پس سبب اباحه هم نمی شود.

۲ـ و یا معاملهٔ فعلی و معاطاتی انجام داده که این نیز فروضی دارد:

۱ـ یا معاطات را قسمی از بیع می دانیم پس همان شروط بیع را دارد و اگر از صبّی صادر شود بی اثر است.

۲ـ و یا معامله و معاوضهٔ مستقل می دانیم، باز هم شرط بلوغ را دارد و از صبّی بی اثر است.

۳ـ و یا اصلاً آن را معاوضه نمی دانیم ولی نوعی تصرّف که هست باز هم تصرّف صبّی بما هو صبّی موضوعیّت نداشته و ارزشی ندارد. پس علی ایّ حالٍ وجهی برای سببیّت معاملات صبّی للاباحه پیدا نشد. یا اینکه منظور شما آنست که: خود معاملهٔ صبّی اثری نداشته و مفید اباحه نیست، ولی این معامله آنهم با شروط مذکور، از رضایت و اذن ولیّ کشف می کند و پرده برمی دارد، و آنکه مؤثّر و مفید است همین منکشف و اذن است نه آن کاشف و معامله، و چون رضایت ولیّ محرز شده حقّ تصرّف و اباحه درست می شود. [تنظیر: بعضی ها در باب عاریه دادن صبّی گفته اند: نفس اعارهٔ صبی موجب اباحهٔ عین مورد عاریه برای مستعیر نمی گردد، ولی از آنجا که این عاریه دادن کاشف از اذن و رضایت مالک اصلی و ولیّ و معیرِ واقعی است لذا مجوّز تصرّف است.] اگر مرادتان این باشد خواهیم گفت: این در واقع نوعی معاطات می شود و توضیح آن را از زبان مرحوم محقّق تستری [از شاگردان مرحوم کاشف الغطاء بوده] در کتاب مقابیس

می آوریم :

وی فرموده : با توجّه به چهار مطلب نتیجه می گیریم :

الف : در معاطات دقّت لازم و سخت گیریهای باب بیع قولی مطرح نشده بلکه بنای معاطات بر اینست که : طرفین و متعاطیین تراضی داشته باشند و با رضایت طرفینی اخذ و اعطاء یا ایصال و وصول حاصل شود ، حال احراز رضایت به هر گونه ای که پیش آید .

ب : معاطات از نظر مشهور مثل بیع مفید ملک نیست تا بگوئیم : معاملۀ صبی ملک آورنیست بلکه امر معاطات آسان بوده و مفید اباحۀ تصرّف است .

ج : عادت مردمان هم براینست که در اشیاء یسیر و کم ارزش مسامحه نموده و دقّت و سختگیری نداشته و راضی هستند که دیگران با احراز رضایت مالکین ، در این اموال تصرّف کنند و نیازی به اذن صریح و قولی و انشاء لفظی نمی بینند ، بلکه احراز اماراتی که در باب معاوضات دالّ بر رضا باشند را کافی می دانند [منظور همان جلوس در مقام ولیّ یا معامله علی رؤوس الاشهاد است .]

د : معمولاً هم در اشیاء یسیر یا قیمت صددرصد مقطوع و معیّن است و می توان به قول صبّی اعتماد کرد ، و یا اگر هم اختلافی باشد بسیار ناچیز است [مثلاً جنس ۵۰ تومانی را به ۵۲ تومان می فروشد .] که باز هم عرف و عادت برای آن حسابی باز نکرده و بدان اعتنائی ندارد .

قوله : فلاجل ذلك :

این فراز جواب لمّا کان است ، یعنی از آن رهگذر که این چهار امر مسلّم است .

می گوئیم : به خاطر همین امور می توان مثل کاشف الغطاء فتوی داد به اینکه : به معاملۀ صبّی هم می توان اعتماد کرد و آن را موجب اباحه دانست زیرا که در واقع این معامله و بیع و شراء صوری و شکلی و ظاهری است و گرنه آنکه

حقیقتاً مؤثر در اباحه می باشد همان اذن و رضای ولیّ است . البته اعتماد به بیع و شراء صبی هم با همان شروط مذکور در کلام کاشف الغطاء است [ممیّز بودن و جلوس در مقام ولیّ یا معامله علی رؤوس الاشهاد .]

قوله : کما یعتمد :

تنظیر : در ما نحن فیه اعتماد کردن بر قول صبّی ، همانند اعتماد بر فعل صبّی در دو باب دیگر است : یکی باب باز کردن درب منزل و اذن دخول دادن به شخصی که پشت درب است . و یکی هم ایصال هدیه و رساندن آن به مُهدی الیه ، که در هر دو می توان به کار بچّهٔ ممیّز اعتماد کرد ، البته مشروط بر اینکه : امارات و نشانه های صدق گفتار صبی برای ما آشکار شود .

قوله : بل :

بلکه در ما نحن فیه به قول صبی اعتماد کردن به مراتب و از جهاتی از اعتماد به ایصال صبی در باب هدیه اولی است :

[۱ـ ایصال هدیه سبب تملّکِ مُهدی الیه می گردد ولی معاملهٔ صبی سبب اباحهٔ تنها است .

۲ـ هدیه مخصوص اشیاء یسیر نیست ، اشیاء خطیر را هم شامل است ولی معاملهٔ صبی مخصوص اشیاء کم ارزش است و اینجا اباحه می آورد .

۳ـ هدیه عوض ندارد ولی معامله صبی عوض دارد : در معامله امارات ظنّیه بر اذنِ ولیّ واضحتر از هدیه است . و ... پس اگر ایصال صحیح است باید معامله به طریق اولی صحیح باشد یعنی موجب اباحه شود .]

قوله : وقد استند :

علاّمه هم در تذکره برای جواز ایصال هدیه و اذن دخول به تسامح سلف استناد کرده و اینها را تجویز کرده است . ما نحن فیه هم با چهار امری که ردیف کردیم همین تعلیل را دارد ، پس باید جایز باشد .

قوله: وبالجمله:

خلاصهٔ سخن ما [محقّق تستری] آنست که: ما در این معاملات و اخذ و اعطاء هائی که با صبیان انجام می دهیم در حقیقت تکیه بر روی اذن و رضایت مالک داریم و چون این امر برای ما محرز است و غالباً هم صبیان صحیح التصرف اند یعنی با اذن ولی اقدام به داد و ستد می کنند، لذا اقدام می کنیم نه اینکه صرفاً بر قول صبی و معاملهٔ او به عنوان اینکه قول صبی است، اعتماد کنیم و برای آن حسابی باز کنیم.

قوله: وکثیراً ما:

و اگر ملاك احراز رضایت شد قدری دامنهٔ بحث را توسعه داده و می گوئیم: حتّی وجود شخص ذوالید هم [صغیر یا کبیر] لازم نیست، بلکه چه بسیار مواردی که عرف به اذن و رضایت مالک اعتماد می کنند و با احراز آن اقدام می نمایند اگر چه شخصی هم در ظاهر نیست که دست به دست با او داد و ستد کنند، و نمونه های زیر شاهد است:

الف: وارد حمام شده و از آب آن استفاده کرده و پس از استحمام و بیرون آمدن از حمام، پول و بهای آبهای مصرف شده را در صندوقچهٔ صاحب حمّام گذاشته و می رویم و منتظر قدوم حمّامی نمی شویم.

ب: از مغازهٔ سبزی فروشی مقداری سبزی که بسته بندی شده یا وزن شده و قیمت آن کاملاً معیّن است، برداشته و قیمت متعارفِ آن را در جائی که برای پول آماده شده می گذاریم و می رویم.

ج: از مشک و کوزهٔ آب فروش یک لیوان آب برداشته و می نوشیم و بهای آن را در جای مخصوصش گذاشته و می رویم و منتظر آمدنِ سقّا و سبزی فروش و... و سپس اذن او و معاطاتِ با او نمی شویم.

قوله: کما یعتمد:

اینکه با احراز رضایت مالک، اعمال مذکور را انجام می دهیم اختصاص به معاوضات ندارد بلکه در غیر معاوضات از انواع و اقسام تصرّفات نیز مطلب از این قرار است. [فی المثل با احراز رضایت و اذن مالک ساعتی در زیر سایهٔ درخت او استراحت می کنیم، در باغ او نمازی بجا می آوریم، وضوئی می سازیم و ...]

قوله: فالتحقیق:

آیا این فرضی که تا به حال تصویر کردیم و روی رضایت و اذنِ مالک تکیه نمودیم، مخالف با کلام مشهور است؟ منافی با آن است؟ تبصره و تَخصیصی بر کلام مشهور است؟ خیر، زیرا مشهور می گفتند: تصرفات و معاملاتِ صبی به عنوان اینکه تصرّف و فعل او است نافذ نیست. و ما می گوئیم: اذن و رِضای ولیّ نافذ و مؤثر است و در واقع معامله میان دو کبیر [ولیّ و مشتری] واقع شده و صبّی حکم آلت را دارد و صرفاً طریقی است برای استکشاف رضایت ولیّ و گرنه نقش دیگری ندارد.

قوله: ولا یعتمد:

اینکه از راه اماراتی رضای مالک را احراز کردیم صرفاً در مواقع عادی به درد می خورد و مفید فائده است و گرنه در مقام نزاع و دعوا ارزشی ندارد، دو فرع از صور نزاع:

۱ـ مشتری مدّعی است که: ولیّ بچّه به بچّه اذن داده بود و معاملهٔ من صحیح است. و ولیّ بچّه منکر اذن است و می گوید: من اجازه نداده بودم و او را منع کرده بودم پس معاملهٔ تو ارزشی ندارد. در اینجا قول مشتری موافق ظاهر حال و امارات ظنّیّهٔ مذکور است و قول ولیّ موافق با اصل عدم اذن است. و اینجا جای استفاده از ظاهر حال و ظنون نیست [اذلم یثبت جریان العادة علی حجّیته حتّی فی

مثل المقام]

۲ـ مشتری مدّعیِ اذن و رضایت ولیّ است و لذا از ولیّ و مالک حق خود را می خواهد و مطالبه می کند و متقابلاً مالک اظهار عدم رضا می کند یعنی اظهار بی اطّلاعی نموده و می گوید: من روحم از این امر خبر ندارد و نمی دانستم بچّه ام چنین کاری می کند تا اجازه بدهم یا نه، مدّعیِ جهل به حال است و ساکت است نه اینکه منکر باشد. باز هم امارات مذکور فایده ای ندارند.[1] تا اینجا سخنان محقّق تستری به پایان رسید.

قوله: وحاصله:

مرحوم شیخ در یک جمع بندی می فرماید: حاصل سخنان تستری آنست که: در معاطات مناط و مدار اباحه [که علی المشهور مفید اباحه است] بر این نیست که حتماً دو کس باشند و تعاطی میان آندو انجام بگیرد، یا یک شخص باشد ولی نازل منزلهٔ دو نفر باشد [از سوئی به نیابت موجب و مُعْطی باشد و از سوئي به نیابت قابل یا آخذ] بلکه تمام مناط رضایت طرفین به تصرّف دیگری در مال او است.

و فرقی ندارد که این رضایت از چه راهی حاصل شود؟ از راههای معمولی باشد که با داد و ستد و مانند آن حاصل می شود، یا از راه اتّفاقی و تصادفی که تصادفاً بادی وزیدن گرفت و دو متاع را جابجا کرد و مثلاً پول زید را نزد بکر برد و پارچهٔ بکر را نزد زید آورد، یا چهار پائی چنین کرد [البته اگر تعلیم دیده نباشد.]

و بدنبال این جابجائی یقین کردیم که طرفین تراضی دارند، چه این احراز تراضی از راه خبر دادن بچّه ای باشد یا از راه امارات دیگر مثل نوشته و مانند آن، تمام اینها نوعی از معاطات بوده و اباحهٔ تصرّف می آورد.

(۱) مقابس الانوار، ص۱۱۳، موضع ششم.

و لذا در باب هدیه هم گفتیم: وصول هدیه به شخص مُهدی الیه [به وسیلهٔ طفل باشد یا چهارپائی] که کاشف از رضای مُهْدی است، کفایت می کند در اینکه: گیرنده حق تصرّف در هدیه پیدا کند یا بالاتر از آن حق تملّک داشته باشد و آن را ملک خوِیش سازد و آثار ملک را بر آن بار کند.

قوله: وفیه:

تا اینجا تماماً توضیح منظور کاشف الغطاء از زبان محقّق تستری و سپس خلاصه گیری بود، ولی پس از همهٔ این حرفها مرحوم شیخ می فرماید: ما به این مطلب دو اعتراض داریم:

الف: اینکه محقّق تستری فرمود: این نوعی معاطات است و اباحهٔ تصرّف منوط به اذن ولیّ است ... سخن پسندیده ای است ولی اوّل باید ثابت کنیم که: در معاطات، انشاء اباحه [قولی: ابحتُ لک ...، و فعلی: با نفس اعطاء قصد اباحه دارد] و انشاء تملیک [قولی: ملکتکّ، فعلی: به نفس اعطاء قصد تملیک کند.] لازم نیست، بلکه مجرّد رضایت باطنی کافی است و به مجرّد احرازِ آن احکام معاطات [اباحهٔ تصرّف] مترتّب می شود.

و متأسّفانه این مطلب ثابت نیست. [در آخرین بحث معاطات هم در این جهت تردید کردند که مجرّد ایصال و وصول با مجرّد تراضی و بدون صدق اعطاء و اخذ، معاطات باشد و موجب اباحه شود، و بحث را مبنائی کردند.

در اینجا هم با تردید می گذرند.] و وقتی ثابت نشد شکّ در ثبوت اباحه هم بکنیم از اصالة العدم که اصل اوّلی در تصرّف در اموال دیگران است استفاده می کنیم. پس وجهی برای اباحهٔ تصرّف پیدا نشد.

قوله: ودعوی:

اگر کسی ادّعا کند که در ما نحن فیه انشاء اباحه یا تملیک وجود دارد، و آن با نفس دادن مال به دست صبّی حاصل می شود، یعنی همین که روز اوّل ولیّ طفل

اموالی را به صبّی می دهد و می گوید برو با اینها معامله کن، نفس این عمل به معنای انشاء اباحه است، یعنی ای کسانی که با طفل من معامله خواهید کرد، من این اموال را برای شما مباح کردم، پس انشاء اباحه وجود دارد و مجرّد رضای باطنی نیست.

قوله: مدفوعة:

مرحوم شیخ می فرماید: این ادّعا باطل است، زیرا آن انشاء اباحه که روز اوّل از ولیّ صادر شد، اباحه برای شخص معیّنی نبود بلکه به شخص غیر معلوم بود، و چنین انشائی موضوعاً که از معاطات بیرون است [چون در معاطات تعاطی و اعطاء و اخذ یداً بید معتبر است و اینجا نیست.] حکماً هم معلوم نیست که حکم اباحه را دارا باشد و سبب اباحۀ تصرّف باشد [قدر متیقن انشاء اباحه برای فرد معلوم و معیّن این اثر را دارد و نسبت به غیر معیّن شک داریم و از اصل عدم استفاده می کنیم.]

قوله: وبه یفرق:

فرق ما نحن فیه [اذن ولیّ در معاملۀ صبی] با باب ایصال هدیه [که پدر طفل یا کارفرمای او مالی را به او می سپارد تا برای فلانی هدیه ببرد.] در همین است که: در هدیه از اوّل شخص خاصّی منظور است و هدیه برای او ارسال می شود و اشکالی ندارد که بگوئیم: نفس این دفع مال به صبی به منظور ایصال آن به طرف، نوعی انشاء اباحه یا تملیک برای شخص خاصّ است.

ولی در ما نحن فیه شخص معیّنی منظور نیست و ابهام دارد، و انشاء اباحه برای فرد مبهم معلوم نیست که سبب اباحه باشد. کما اینکه اگر ولیّ طفل عبائی را به بچّه داد که ببرد و به فلانی عاریه بدهد، باز لایبعد که نفس این دفع مال الی الطفل انشاء عاریه باشد و مستعیر حق انتفاع داشته باشد. چون از اوّل انشاء برای شخص معین است.

قوله: واما:

اگر کسی بگوید: پس مثالهای ورود در حمام و استحمام کردن و سپس گذاشتن اجرت در صندوقچه، یا آشامیدن آب از مشک سقّا و سپس گذاشتن قیمت در محلّ مخصوص، و... را چه می فرمائید؟ در اینها هم مجرّد ایصال و وصول است با احراز رضایت حمّامی و سقّا و گرنه انشاء اباحه یا تملیک برای شخص خاصّ مطرح نیست، معذلک چرا تجویز کردید؟

مرحوم شیخ می فرماید؟ اوّلاً در همین موارد هم حکم به صحّت و اباحهٔ تصرّف بدون انشاء اباحهٔ فعلی مشکل دارد، ثانیاً بر فرض حکم به صحّت [بر مبنای اینکه در معاطات اعطاء و اخذ معتبر نباشد و مجرّد ایصال و وصول مع التراضی کافی باشد.]

این حکم مخصوص مواردی است که ایصال و وصول کافی باشد، یعنی مخصوص اشیاء یسیره است و قدر متیقن اینها است نه اشیاء خطیره، در حالی که جناب کاشف الغطاء حکم به ثبوت اباحه را تعلیم داد و فرمود: خصوصاً فی المحقرات یعنی اختصاص به شیئی حقیر ندارد، در اشیاء خطیره هم می آید ولی در شیئی حقیر به طریق اولی می آید. فلا وجه لهذا التعمیم.

قوله: والحاصل:

خلاصه اینکه دفع صبی [در بیع که مبیع را به مشتری می دهد] و قبض وی [در شراء که متاع را از فروشنده می گیرد] هیچکدام منشأ اثر نیست و هر دو وجودشان کالعدم است. و معیار اینست که: هر کجا که شرعاً وصول و ایصال کافی است و می توان بدان اکتفا کرد [مثل ایصال هدیه] و هیچ خصوصیتی ندارد، در اینجا وساطت صبی و موجب وصول شدن وی بلامانع است. ولی هر کجا چنین نباشد صبّی حق دخالت ندارد و کار او بی اثر است [ما نحن فیه یعنی معاملات صبی به اذن ولی از این باب است.]

ب: قوله: ثمّ:

اشکال دوّم اینست که: مطالب مذکور [اباحهٔ تصرّف آنهم منوط به احراز اذن ولیّ] مخصوص صورت علم است یعنی اگر گیرنده یقین کند که: بچه با اذن و رضایت شخص بالغ عاقل این معامله را می کند [چه آن انسان کامل و مجیز ولیّ طفل باشد یا کارفرمای او و ...] حق دارد از او بگیرد و برای وی اباحهٔ تصرّف می آید. ولی اگر یقین ندارد و صرفاً به پاره ای امارات ظنیّه اعتماد می کند، کافی نیست زیرا اصل اوّلی عدم حجیّتِ امارات ظنیّه است و دلیل می طلبد و نداریم.

[البته لایبعد که عادة الناس و سیرهٔ عرف دلیل باشد.] پس باز هم توسعه ای که در کلام کاشف الغطاء بود که: حتّی یُظنّ... کافی نیست باید علم باشد.

قوله: وامّا ما ذکره:

مطلب دوّم نقدی بر جملهٔ دوّم کاشف است که فرمود: پس از احراز اذن ولیّ اگر کسی بگوید: آخذ مالک هم می شود [به اینکه هم موجب باشد و هم قابل ...] بعید نخواهد بود. مرحوم شیخ از این کلام هم دو جواب می دهند:

اوّلاً اینکه آخذ هم موجب است [به نیابت از ولیّ برای خود انشاء تملیک می کند] و هم قابل، آیا با اذن ولیّ [که فرضاً غایب است و آخذ با طفل روبرو است] از جانب او متولّیِ عقد و ایجاب شده؟ یا بدون اذن؟ با اذن که قطعاً نیست زیرا فرض اینست که ولیّ غائب است و او را ندیده تا اجازهٔ نیابت و وکالت در اجراء عقد از او بگیرد، و بی اذن هم که معاملهٔ مذکور فضولی بوده و در بیع فضولی خواهد آمد که بیع مال غیره لنفسه یا باطل است و یا متوقف بر اجازهٔ مالک اصلی است نه اینکه بدون آن و از اوّل مؤثر بوده و ملکیّت آور باشد.

ثانیاً: وجداناً چنین نیست که آخذ به نیابت از ولیّ معامله کند بلکه مستقیماً با خود طفل معامله می کند و قصدش داد و ستد با بچّه است نه اینکه قصدش نائب شدن از ولیّ و تملیک مال به خویشتن باشد.

قوله: ثمّ انّه:

به کلیّه کسانی که صبی را به منزلهٔ آلت دانسته و برآنند که چون رضای ولیّ محرز است، در واقع معامله میان بزرگسالان انجام می گیرد، و آخذ هم موجب است و هم قابل... .

این اشکال وارد است که اگر مطلب از این قرار است، اوّلاً چرا اختصاص به صبّی می دهید ومی گوئید: معاملات صبی موجب اباحه است؟ بهتر نبود که تعمیم داده و بگوئید: مجنون هم حکم صبی را دارد، آدم سکران و مست هم حکم صبی را دارد، بلکه بهیمه هم همین حکم را دارد، بلکه بردن باد هم همین حکم را دارد؟ چون در تمام اینها مهمّ احراز رضایت و سپس موجب و قابل شدن بزرگسال است و الباقی تماماً ابزارهائی برای ایصال و وصول هستند و لاغیر، سپس وجهی برای تخصیص به صبی نیست.

و **ثانیاً** چرا به اشیاء کم ارزش اختصاص می دهید؟ بهتر بود که به اشیاء بزرگ و گرانقیمت هم توسعه دهید. [چه اینکه باب هدیه و ایصال آن توسط طفل از این قبیل است.]

قوله: نعم:

آنها که خواسته اند صحت معاملهٔ مذکور را قانونی کرده و بگویند: معامله در واقع ما بین بزرگسالان واقع شده، بر آنها اشکال مذکور وارد است.

امّا کسانی که مثل صاحب ریاض نخواسته این مطلب را قانونی کند بلکه به صورت یک استثناء فرموده: معاملات صبی آنهم در امور حقیر و کم ارزش صحیح است و برای آن به سیرهٔ مستمرّه تمسّک کرده، بر ایشان اشکال مذکور وارد نیست زیرا سیره عمل است و قدر متیقن آن را باید گرفت که مخصوص معاملهٔ صبی است [و در مجنون و مست و بهیمه جاری نیست.] و مخصوص اشیاء کم ارزش است [و در اشیاء خطیر جاری نیست.]

۳ـ قصد
مسئله دوّم

در مسئلهٔ اوّل از مسائل شروط متعاقدین دو شرط از شرائطِ صحت بیع ذکر شد:

۱ـ بلوغ [که مبسوطاً بحث شد و معاملات صبّی اشکال داشت]

۲ـ عقل [که اجمالاً اشاراتی داشت]

اینک در مسئلهٔ دوّم یکی دیگر از شروط مهم متعاقدین مطرح است و آن مسئلهٔ قصد است متعاقدین باید مدلول عقد خاص را [که در صدد انشاء آن می باشند] قصد کنند والعقود تابعةٌ للقصود، حال مسئله صور متعدّدی دارد که فهرست وار می آوریم تا صورت مطلوب معلوم شود:

۱ـ گاهی متکلّمی که به این الفاظ [بعت، اشتریت، انکحت و ...] تکلم می کند اصلاً قصدی ندارد، نه خود لفظ را قصد کرده ونه مدلول و معنای لفظ را، مانند انسان تاجری که در عالم خواب هم مرتّباً می گوید: بعتُ، اشتریت، خریدم، فروختم و ... این قسم از عقد و لفظ و انشاء که قطعاً باطل و بی فایده است.

۲ـ و گاهی لافظ صرفاً لفظ و عبارت را قاصد است و کاری به معنا ندارد و

ابداً مدلول را قصد نمی کند، مثل کسی که مرتّب کلمهٔ بعتُ را می گوید و اصلاً از معنای آن خبر ندارد و لقلقهٔ زبان است و یا به نیّت تلفّظ صحیح حرف عین این کلمه را می گوید نه به قصد افادهٔ معنا. این قسم نیز بی فائده بوده و موجب نقل و انتقال نیست.

۳ـ و گاهی صرفاً معنای خاصّی را قصد می کند ولی لفظ خاص را که گفته قاصد نیست، مانند انسان غالط که دچار سبق لسان شده و به جای اینکه بگوید: آجرت، گفته: بعتُ، که معنای مقصود همان اجاره است ولی چون با هر دو معامله سر و کار دارد عجله کرد یا سبق لسان شد و لفظ بعتُ را بکار برد، یا به جای بیع به زید، گفت: بعت هذا ببکر و... این قسم نیز فائده ای ندارد. زیرا ما قصد لم یقع وما وقع لم یقصد و العقود تابعة للقصود.

۴ـ و گاهی لفظ و معنا هر دو را قاصد است ولی قصد انشاء ندارد، مدلول عقد را قاصد نیست، بلکه معنای دیگری را قاصد است یعنی به قصد اخبار از گذشته می گوید: بعتُ داری بکذا، یا در مقام استفهام و سئوال می گوید: فلان خانه را اجاره دادیم؟ فروختیم؟ و...، این نیز فائده ای ندارد.

۵ـ و گاهی لفظ و معنا را قصد کرده، به قصد انشاء و ایجاد معنا با همین تکلّم هم آنها را بکار برده ولی قصد جدّی ندارد و منظورش این نیست که حتماً آن مُنْشَأ و مدلول در خارج محقّق شود بلکه به قصد و داعیِ هزل و مزاح می گوید: بعتک داری [همانند اوامر صوری و ظاهری که به داعیِ بعث و تحریک حقیقی نمی گوید: افعل، بلکه به داعی تعجیز، تهدید، تسخیر و... امر می کند.] این قسم از انشاء مانند کذب خبری است و همانطور که کذب خبری مفید فائده نیست، این نیز فائده ای نداشته و موجب نقل و انتقال نیست. [البته اگر در جادّ و هازل بودن شک کردیم از اصل عقلائی که بنا را بر جادّ بودن می گذارند استفاده می کنیم.]

۶ـ و گاهی قاصد لفظ و معنا هست، نیّت انشاء هم دارد ولی نه به داعیِ تحقّق مُنْشَأ [ملکیّت و زوجیّت و ...] و نه به داعیِ هزل، بلکه به انگیزهٔ امتحان رفیق، فی المثل زمین یا متاع مرغوبی دارد و قصد جدّی برای فروش ندارد ولی برای امتحان رفیق می گوید: بعت... این نیز ارزشی نداشته و سبب نقل و انتقال نیست.

۷ـ و گاهی قصد لفظ خاص دارد، قصد معنای خاص هم دارد، به داعیِ انشاء هم می گوید، به قصد تحقّق مدلول هم می گوید ولی از الفاظ غیر صریح و ظاهر استفاده می کند، مثلاً در مقام اجاره عمداً می گوید: بعتُ که اگر با قرینه استعمال کند [مثلاً بگوید: بعتُ سکنی داری] مجاز خواهد بود، و اگر بدون قرینه بکار ببرد غلط خواهد بود. و باز هم فائده ای ندارد، آنکه مقصود است یعنی اجاره واقع نمی شود چون عبارت خاصّه می طلبد و آنکه به زبان آمده یعنی بیع واقع نمی شود چون آن را قصد نکرده.

۸ـ لفظ خاص و معنای مخصوص را قصد دارد، در مقام انشاء هم هست، در این انشاء هم جادّ است نه هازل، به قصد تحقّق مُنْشَأ هم می گوید، از الفاظ خود عقد هم استفاده می کند، مثل کسی که واقعاً قصد فروش منزل دارد و می گوید: بعتُ داری. حال قصدی که از شروط معامله و متعاقدین است چنین قصدی است که حقیقتاً قصد تحقّق مضمون و مفاد عقد را دارد و انشاء لفظی را وسیله ای برای تحقّق آن قرار می دهد. و اصل شرط بودن قصد به معنای مذکور از مسلّمات است واحدی در آن مخالف نیست.

ولی نکتهٔ قابل ذکر آنست که: این شرط در عداد سایر شروط نیست و مقدّم بر آنها است، زیرا سایر شروط از قبیل: بلوغ و عقل و ... شرط صحّت بیع هستند، ولی این شرط از شروط مقوّم بیع است یعنی تا قصدی نباشد اصلاً معنا و مفهوم بیع نخواهد بود. و سرّ مطلب آنست که کلیّهٔ انشائات اعمّ از عقود،

ایقاعات، اوامر و نواهی و... قوامشان به قصد است و از عناوین قصدیّه هستند و تا قصد و اراده ای نباشد انشائی هم نیست [انشاء ایجاد معنای مقصود به لفظ است، یا ارادهٔ مبرزه است که در هر حال باید قصد و اراده ای باشد.]

از مجموعهٔ هشت صورت مذکور، صورت اوّل و دوّم و ششم در متن مکاسب نیست، و بقیّه صور هم به ترتیبی که ما گفتیم نیامده بلکه بصورت غیر مرتب آمده که ذیلاً مشخص می سازیم:

قوله: قصد هما لمدلول... اشاره به صورت هشتم است.

قوله: من دون قصد الی اللفظ... اشاره به صورت سوّم است.

قوله: اوالی المعنی... اشاره به صورت پنجم است.

قوله: او قصد معنی یغایر... اشاره به صورت چهارم است.

قوله: او انشأ معنیً غیر البیع... اشاره به صورت هفتم است.

قوله: ثم انّه ربّما:

گاهی گفته می شود که: دو نوع از انواع عقد، فاقد شرط مذکور [قصد] بوده و باطل می باشند، و آندو عبارتند از:

۱ـ عقد فضولی

۲ـ عقد مُکرَه

امّا عقد فضولی: وقتی شخص فضولی می داند که عقد باید از سوی مالک یا مأذون از ناحیهٔ مالک باشد و عقد اجنبی اثر نداشته و موجب نقل و انتقال نیست [نه شرعاً و نه عرفاً] قهراً قصد جدّی هم از او متمشّی نمی شود و انشاء او صددرصد انشاء ساده و صوری و لقلقهٔ لسانی است و چنین انشائی ارزش ندارد.

و امّا عقد مکره: فرض اینست که اگر اکراه و اجبار و تهدید و فشاری نبود، وی اقدام به معامله نمی کرد، پس انشاء او هم صرفاً یک انشاء صوری و به انگیزهٔ فرار از اذیّت و آزار ظالم و مکره است نه اینکه انگیزه اش واقعاً و حقیقتاً

این باشد که: بدین وسیله آن مُنْشَأ [ملکیّت، زوجیّت و ...] در خارج محقّق شود. پس او نیز قاصد نیست و عقدش باطل است.

مرحوم شهید ثانی در مسالک[۱] تصریح کرده به اینکه: فضولی و مکره قاصد لفظ اند نه قاصد معنی.

مرحوم شیخ می فرماید: آن مقدار از قصدی که در صحّت و بلکه در تحقّق معامله دخیل و معتبر است در فضولی و مکره هم وجود دارد، و از ناحیهٔ قصد کمبودی ندارند:

امّا فضولی: وی یا مال مردم را برای صاحبانشان می فروشد و فضولتاً بر آن عقد می خواند و یا برای خودش می فروشد [همانند غاصبین و سارقین و غافلین از اینکه مال دیگری است و ...]

در **فرض اوّل** فضولی قصد جدّی دارد ولی جزم به وقوع ندارد، یعنی می گوید: من به قصد تملیک این بیع را انجام می دهم ولی نمی دانم مالک اصلی اجازه خواهد کرد یا نه؟ و به بیان بهتر: فضولی فاقد قصد که الآن مطرح است نمی باشد، بلکه فاقد شرط دیگر از شروط متعاقدین است که بعداً خواهد آمد که متعاقدین یا مالکین و یا مأذونین باشند... .

و در **فرض دوّم** که به طریق اولی قصد دارد و مال مسروقه یا مغصوب را ملک خود دانسته و در عالم ادّعا خود را مالک دانسته و بطور جدّ به مشتری می گوید: این اتومبیل را به فلان مبلغ فروختم و ... و امّا مکره: او نیز وقتی مجبور شد، دست از مال کذائی شسته و جدّاً تصمیم به فروش گرفته و در صدد بیع برآمده و با قاطعیّت می گوید: بعتُ ارضی بکذا، و از ناحیهٔ قصد مدلول نقصی ندارد.

آری مکره شرط دیگر از شروط صحت را که در مسئله بعدی خواهد آمد

---

(۱) مسالک الافهام، ج۱، ص۱۷۱.

ندارد، و آن طیب نفس و اختیار است که به طیب نفس این قصد را نکرده بلکه در اثر اجبار و اکراه قصد بیع کرده نه اینکه قصد ندارد. پس آن اندازه از قصد که لازم است ایندو دارند، و بیش از آنهم دلیلی بر اعتبارش نیست.

مضافاً به اینکه در باب بیع فضولی خواهد آمد که ادلّه از اجماع و روایات [روایت صحّت نکاح فضولی] بر صحّت بیع فضولی دلالت دارد، و اینها کاشف از وجود قصد می باشند، و گرنه حکم به صحت نمی شد. و امّا سخن شهید ثانی را به زودی در مسئلهٔ بعدی در رابطه با اشتراط اختیار و آزادی و طیب نفس مطرح کرده و مراد ایشان را روشن خواهیم ساخت.

۴ـ تعیین مالکها

قوله: واعلم:

شرط چهارم از شروط متعاقدین عبارتست از: تعیین مالکین [مرحوم شیخ برخلاف سایر شروط که هر کدام را طیّ مسئله ای عنوان کرده اند، این شرط را ذیل شرط سوّم و با ذکر کلامی طولانی از صاحب مقابیس عنوان می کنند، و شاید بی ارتباط با بحث قصد نباشد زیرا شعبه ای از قصد هم تعیین مالکین در نیّت است.]

منظور از تعیین مالکها چیست؟ منظور آنست که: شخص موجِب که یکطرف عقد را می خواند و عاقد فی الجمله است بایع مباشری است و بالمباشره و مستقیماً او بیع و معامله را انجام می دهد ولی به حسب واقع و نفس الامر و اینکه بایع و مالک اصلی و منتقلٌ عنه چه کسی باشد؟ چهار احتمال وجود دارد:

۱ـ مالک اصلی و منتقلٌ عنه خود عاقد و موجب باشد [آنجا که مال خود را می فروشد.]

۲ـ مالک اصلی موکّلِ موجب باشد [آنجا که به وکالت از دیگری انشاء عقد می کند.]

۳ـ مالک اصلی مولّی علیه باشد [آنجا که ولیّ طفل و مجنون به ولایت بر آنها ایجاب می کند.]

۴ـمالک اصلی فرد ثالثی است که موجب از او اذن نگرفته [در انشاء فضولی.] همچنین شخص قابل مشتریِ مباشری است ولی در واقع یکی از چهار احتمال را دارد که:

۱ـخودش مشتری و منتقل الیه باشد.

۲ـموکّل او منتقلٌ الیه باشد.

۳ـمولّی علیه.

۴ـشخص ثالث.

حال تعیین مالکین یعنی موجِب مشخّص سازد که برای کی و از ناحیهٔ چه کسی انشاء ایجاب می کند؟ از ناحیهٔ خود؟ یا از ناحیهٔ موکّل؟ و اگر موکّلین او متعدّد بودند باز باید مشخّص کند که از سوی کدام موکّل؟ یا از ناحیهٔ مولّی علیه؟ و اگر اینها هم متعدّد بودند باید یکی را معیّن کند، یا از ناحیهٔ شخص دیگری؟ باز شخص دیگر هم اگر متعدّد است یکی از آنها را معیّن سازد.

و هکذا قابل باید جهات مذکور را معیّن کند تا هیچ گونه ابهامی نباشد.

حال آیا تعیین مالکین هم در صحت معامله دخیل و معتبر است؟ یا شرط نیست؟

مرحوم محقّق تستری در کتاب مقابیس[1] فرموده: در مسئله وجوه و اقوالی وجود دارد،

[۱ـ مطلقاً تعیین شرط است ۲ـ ابداً شرط نیست ۳ـتفصیلات در مسئله] ضمناً مسئله مسئله ای پیچیده و مشکل است، و عبارات فقهاء در این باب مضطرب است و در لابلای ابواب فقهی [بیع ـ نکاح و ...] مطالبی فرموده اند ولی ضابطه ای عرضه نشده، و لذا خود ما [صاحب مقابیس] آستین بالا زده و کمر همّت بسته و تحقیق خود را در این رابطه عرضه می کنیم: به طور کلّی مسئله دو

---

(۱) مقابس الانوار، ص۱۱۵.

صورت دارد:

۱ـ گاهی تعیّن و تشخّص مالکین نیازمند تعیین است یعنی تا موجب یا قابل مالک اصلی و منتقل الیه یا منتقلٌ‌عنه را در نیّت خویش یا در لفظ و زباناً تعیین نکنند، کما کان ابهام و اجمال باقی است و مالکین معیّن نمی شوند، ضمناً باید در حین عقد و همزمان با انشاء، تعیین صورت بگیرد. نه پس از انشاء و عقد که ارزشی ندارد.

قوله: لتعدّد:

علّت لزوم تعیین آنست که: جهات و حیثیّات و صور وقوع عقد و معامله شرعاً متعدّد است و به چند وجه می توان آن را انجام داد: [به وجه اصالت، به وجه وکالت، ولایت، فضولی] و باید یکی از این جهات مشخّص شود.

قوله: أعتبر:

در صورت مذکور حکم آنست که: تعیین مالکین شرط است و باید به یکی از دو نحو ذیل تعیین کند: ۱ـ یا در نیّت باطنیِ خود مالک اصلی را قصد کند [مثلاً قصد کند که از جان خودم بفروشم] ۲ـ و یا حتّی به زبان هم بیاورد و تلفّظ بکند [مثلاً بگوید: بعتُ لنفسی یا عن نفسی و ...]

مثال این صورت: شخصی در یک بیع و معامله از سوی دو کس وکیل است یا بر دو کس ولایت دارد و می خواهد انشاء بیع یا شراء کند حتماً باید یکی از آن دو کس را معیّن سازد [مرحوم سیّد در حاشیه اینگونه توضیح داده: کَاَنْ یقول کلّ منهما: اشترلی هذا الکتاب بعشرة دراهم، فاشتراه من غیر تعیین احد هما[۱] ولی قابل مناقشه است چون عبارت مرحوم شیخ اینست که: یک نفر از جانب دو کس در یک معامله عاقد باشد.

و در مثال مذکور از جانب یکی عاقد است ولی آن یکی را مبهم آورده، و لذا

---

(۱) حاشیة السیّد، ص۱۱۶.

مرحرم شهیدی[1] مثال را عوض کرده و فرموده:

كَاَنْ وكّل كلٌّ من زيدٍ وعمروٍ بكراً في ان يبيع منّاً من حنطة في الذمّه بدينارٍ في عهدة شخصٍ و يشتري بدينارٍ في الذمّة منّاً من حنطة في ذمّة شخصٍ فباع الوكيل وهو بكر منّاً من حنطة بدينارٍ وقصد في بيعه هذا كون المثمن وهو المنّ على ذمّة احد الموكّلين لابعينه والثمن وهو الدينار على ذمّة الآخر كذلك فيكون عقده هذا عن اثنين ايجابه عن احدهما وقبوله عن الآخر،

ولی این مثال هم فرض خیلی نادر و بعیدی است.

و مثال محقّق ایروانی انسب است که دو فرض درست کرده:

الف: ان يبيع او يشتري للكلّي كما اذا باع مالاً في ذمّة من يلي امره او موكّله اعني هذا العنوان وكانوا متعددين او اشترى لموكله ولمن يلي امره.

ب: ان يبيع او يشتري للفرد المبهم كما اذا باع او اشترى لاحد موكّليه او احد من يلي امره مبهماً ابهاماً واقعيّاً[2]]

مثال دیگر: شخصی از سوی دو یا چند نفر در بیعهای متعدّد وکالت یا ولایت دارد به این صورت که: مثلاً زید او را وکیل کرده که کتاب مکاسبی به هزار تومان برای او خریداری کند، خالد هم او را وکیل کرده که کتاب مکاسب دیگری با همان چاپ به هزار تومان خریداری کند، خود او هم بی میل به خریدن مکاسبی برای خویش نیست.

در اینجا اولین معامله ای که می کند و مکاسبی می خرد باید معیّن کند که برای خودش خرید یا برای موکّل، برای زید یا خالد، و هکذا در شراء کتاب دوّم و سوّم، هر کدام را جداگانه باید معیّن سازد. باید بیان کند که برای چه کسی

(۱) هداية الطالب، ص۲۵۴.

(۲) الحاشية على المكاسب، ص۱۰۸.

خریداری می کند؟ [در وکالت بر شراء] برای کدام موکّل یا مولّی علیه یا مالک می فروشد؟ [در وکالت بر بیع]

و در مواردی که دو نفر مالکین قابل اتّصاف به هر یک از بایع و مشتری هستند باید بایع را از مشتری معیّن سازد، [مرحوم شهیدی به همان مثال مذکور اشاره کرده، ولی شاید مثال این باشد که: از سوی کسی وکیل شده که فرشی را با یخچالی معاوضه کند و از سوی دیگری هم وکیل شده که یخچالی را با فرشی معاوضه کند.

در اینجا که عوضین هر دو متاع و جنس است هر کدام از موکّلها می توانند بایع یا مشتری باشند و باید معیّن سازد تا احکام و آثار مختصّ بایع و مشتری بر هر کدام مترتب شود. یا مثلاً وکیل شده در معاوضه درهم به دینار، و دینار به درهم، باز هر کدام می توانند بایع و مشتری باشند و ... .]

قوله: فاذا عیّن:

حال که تعیین مالکین بر عاقد واجب شد، می گوئیم: اگر در هنگام انشاء عقد جهت خاصّی را معیّن کرد [مثلاً نیّت کرد یا گفت: اصالةً و برای خود می خرم، یا به جهت وکالت می فروشم، یا از حیث ولایت خریداری می کنم و ...] همان جهت معیّن شده و عقد بر آن حمل می شود. امّا اگر عقد را مطلق گذاشت و جهت مخصوصی را تعیین نکرد، از دو حال خارج نیست:

الف: یا منصرفٌ الیه ای در بین است و اطلاق کلام عرفاً بدان منصرف و متمایل است، اطلاق بر همان فرد مورد انصراف حمل می شود و مثل آنست که در نیت یا در لفظ تصریح بدان کرده باشد، مثلاً در دوران امر میان وقوع بیع برای خود عاقد یا برای موکّل و مولّی علیه، اینها مؤنهٔ زائده لازم دارند یعنی باید بگوید: بعت لموکّلی و ... و چون در مقام بیان فقط به بعتُ کذا بکذا اکتفا کرده عرف آن را بر خود عاقد حمل کرده و می گوید: برای خود فروخت یا

خرید نه برای دیگری.

البته این در صورتی است که اطلاق محرز باشد و گرنه اگر در هنگام عقد قصد ابهام و اجمال داشت و نیّتش این بود که برای کلّی یا برای یکی از جهات باشد و مصمّم بود که پس از معامله آن جهت را تعیین کند، فائده‌ای نداشته و عقدش صحیح نمی‌شود.

ب: و یا جهت انصرافی در بین نیست [مثل اینکه به وکالت عقد می‌خواند ولی از سوی دو یا چند نفر وکیل است و عند الاطلاق عقد به هیچکدام از موکّلین منصرف نمی‌شود، و هیچکدام از دیگری اولی نیست.] چنین عقدی لغو و باطل خواهد بود.

و این احکام در جمیع عقود از نکاح و غیر نکاح جاری است و مخصوص نکاح نیست.

قوله: والدلیل:

دلیل بر اشتراط تعین در صورت اوّل [که تعیّن محتاج به تعیین است] سه امر است:

الف: دلیل عقلی: اگر کتابی را به وکالت مثلاً خریداری کرد ولی موکّل را معین نکرد، لازمه اش آنست که کتاب از ملک فروشندهٔ آن خارج شود ولی به ملک خریدار معیّنی داخل نشود، و این بدان معنا است که مملوك معیّن باشد ولی مالک معیّنی نداشته باشد، و چنین چیزی از محالات است زیرا مالک و مملوك متضائفان هستند که قوةً و فعلاً، وجوداً و عدماً متکافئان می‌باشند و محال است یکی باشد و دیگری نباشد. مثل ابوّت و بنوّت و... .

ب: دلیل شرعی: در عقود جزم معتبر است، و اگر مالک اصلی را تعیین نکند لازمه اش آنست که در هیچیک از عقودی که بر عوض و معوض کلّی [در مقابل شخصی و جزئی که خواهد آمد] منعقد می‌شود، جزم به اینکه عقد برای

کسی حاصل می شود، وجود نداشته باشد و تردید داشته باشیم که عقد برای زید واقع شد یا بکر مثلاً، و نیز احکام و آثار این بیع یا شراء آیا برای زید ثابت است یا بکر؟ و تردید در این جهات بالاجماع موجب فساد معامله است.

ج: **اصالة الفساد:** گویا کسی می گوید: چه مانعی دارد که حین العقد مالک اصلی را معیّن نکند و بعد از عقد معیّن کند؟ در جواب می فرمایند: اینکه تعیین بعدی مؤثر باشد و موجب صحّت عقد مبهم گردد دلیل می طلبد و ما دلیل نداریم، زیرا کلیّهٔ ادلّهٔ صحت و لزوم بیع [از احلّ الله البیع تجارةً عن تراض، اوفوا بالعقود و ... به فرد شایع و متعارف انصراف دارند و فرد متعارف آنست که حین العقد با شخص معیّنی و برای فرد معیّنی معامله می شود. پس فرض مذکور دلیل بر صحت ندارد و وقتی شکّ در صحت آن کردیم از اصالة الفساد و استصحاب عدم نقل و انتقال و عدم ترتب اثر و ... جاری کرده و حکم به بطلان می کنیم.

قوله: وعلی هذا:

ثمره بحث از لزوم تعیین مالک اصلی: اگر شخص فضولی مالی را برای غیر به ثمنی بر ذمّهٔ همان غیر خریداری کرد، از دو حال خارج نیست:

الف: یا آن غیر را معیّن کند که مثلاً برای زید خریده، بیع فضولی بوده و منوط به اجازه است.

ب: و یا آن غیر را معیّن نمی سازد [نه در نیّت و نه در لفظ] و بصورت کلّی انشاء شراء می کند و مبهماً انشاء می کند، چنین عقدی از اصل و اساس باطل است نه اینکه متوقّف بر اجازه باشد و اینکه اگر کسی یافت شد و آن را اجازه کرد صحیح باشد والاّ فلا، خیر نوبت به این بحثها نمی رسد.

۲ـ قوله: وان لم یتوقّف:

و گاهی معیّن و مشخّص شدن مالک اصلی و منتقلٌ عنه یا منتقلٌ الیه نیازمند

تعیین از سوی موجب و قابل [متعاقدین] نمی باشد، بلکه خود به خود مالکین متعیّن بوده و در واقع و نفس الامر معلوم هستند، و آن در صورتی است که عوضین یعنی مثمن و ثمن هر دو معیّن و جزئی و از اعیان خارجیّه باشند، مثلاً موجب می گوید: این کتاب را فروختم یا قابل می گوید: با این هزار تومان خریدم، که هر دو به عین شخصی اشاره می کنند، و این کتاب مالک مشخصی دارد، آن پول هم کذلک، چه متعاقدین مالکهای واقعی را بشناسند یا نه، بر فرض شناخت از سوی آنها مجاز و مأذون باشند یا نه.

حال آیا در اینگونه موارد هم تعیین مالکین در نیّت یا حتّی در لفظ لازم است یا خیر؟ سه وجه وجود دارد:

الف: احدالامرین لازم است:

۱ـ یا باید مالک عین را تعیین کند یعنی قصد و نیّت موجب این باشد که: این کتاب را از سوی خودم [اگر ملک او است] یا از سوی فلان موکّلم [اگر ملک موکّل است] و ... فروختم، و یا به زبان آورده و گوید: بعت هذا الکتاب عن نفسی یا عن موکّلی ... یا اشتریت بهذا الدنانیر لنفسی یا لموکّلی و ... .

۲ـ و یا اگر در لفظ یا قصد تعیین نکرده و ایجاب یا قبول را مطلق انشاء کرده، بگونه ای باشد که اطلاق کلام به مالک معیّنی منصرف شود [مثلاً وقتی می گوید: بعت هذا الکتاب و کتاب هم ملک خود او است، ولی نمی گوید: عن نفسی یا عن غیری، اطلاق کلام بر بیع از طرف خودش حمل می شود و از سوی موکّل بودن بیان زائد می طلبد، یا اگر از سوی موکّل می خواند بگوید: بعتُ هذا الکتاب عن موکّلیِ المالک که موکّل مالک کتاب ولو نامش برده نشده ولی در واقع مثلاً زید است و اطلاق به آن انصراف پیدا می کند.]

ب: تعیین واجب نیست مطلقاً یعنی در تمام صور ذیل معامله صحیح است و برای مالک واقعی واقع می شود:

۱ـ تعیین مالک در نیّت [در وجه قبلی هم بود].

۲ـ تعیین مالک واقعی در لفظ [تصریح به وفاق].

۳ـ اطلاق دارای انصراف [در وجه قبلی هم بود].

۴ـ تعیین غیر مالک در نیّت [مثلاً کتاب مال زید است او قصدش بیع کتاب برای بکر باشد].

۵ـ تعیین غیر مالک در لفظ [تصریح به خلاف که صریحاً بگوید: کتاب زید را از جانب بکر و برای بکر فروختم] فرقی میان این صور نیست.

ج: **قول به تفصیل**: اگر موجب یا قابل در متن عقد تصریح به خلاف کنند و مثلاً کتاب زید را برای خالد بفروشد، یا با پول بکر برای خالد متاعی خریداری کند و ... چنین عقدی باطل است، ولی اگر تصریح به خلاف نکنند چه نیّت خلاف داشته باشد، چه عقد را مطلق بیاورد، و چه تصریح به وفاق کند، در تمام این صور بیع صحیح است و برای مالک واقعی واقع می شود. از این وجوه ثلاثه کدام را اختیار کنیم؟

تُستری فرموده: وجه اخیر [قول به تفصیل] قویترین وجه است، و وجه وسط اوسط الوجوه است، و وجه اوّل اشبه به قواعد است. [به فرمودهٔ مرحوم سیّد[1]:

وذلك لانّ الاصل عدم النقل و الانتقال و العمومات منصرفة الى الشایع المتعارف «این وجه اشبه به قواعد بودنِ قول اوّل است» ومن ذلك یظهر وجه اوسطیّة الوسط و ذلك لمنع الانصراف و العمومات مقدّمة على الاصل.

و امّا وجه اقوائیة الاخیر فهو انّ العمومات وان كانت تامّةً الاّ انّ مع التصریح بالخلاف یلزم التدافع بین مقتضى المبادلة والتصریح بالخلاف،

(۱) حاشیة السیّد، ص۱۱۶.

فانّ مقتضاها انتقال کل واحد الی ملك مالك الآخر و مقتضی التصریح بالخلاف عدم ذلك فیلزم التناقض و التدافع فلا یؤثّر العقد ولا یشتمل العموم لعدم تحقّق المعاهدة لانّ ما قصد لایمکن ان یقع وما یمکن لم یقصد.]

قوله: وفی حکم:

تا بحال سه وجهی که ذکر شد در رابطه با عوضین یا ثمن و مثمنی بود که از اعیان خارجیّه باشند.

حال می گوئیم: در مواردی هم که ثمن یا مثمن یا هر دو کلّی است [مثل هزار رأس دام، ده میلیون تومان و ...] ولو بالذات مالک معیّنی ندارد ولی بالعرض و در سایهٔ اضافهٔ آن به ذمّهٔ فرد خاصی [مثلاً بگوید: هزار رأس دام بر ذمّه زید فروختم، یا به ده میلیون بر ذمّهٔ بکر خریدم] تعیّن پیدا می کند و مالک آن معیّن می شود، و حکم عین خارجی را پیدا کرده و همان وجوه و احتمالات می آید.

قوله: وعلی الاوسط:

بر قول وسطی [تعیین واجب نیست مطلقاً] فروعی متفرّع است که ذیلاً چهار فرع را ذکر می کنند:

فرع اوّل: اگر شخصی مال خویش را از ناحیهٔ دیگری و برای غیر بفروشد، مثلاً بگوید: بعت کتابی المکاسب عن زید، حکم آنست که: معامله صحیح است و برای خود فروشنده و مالک واقع می شود و ثمن هم به ملک او داخل می شود، و قصد یا تسمیهٔ بیع برای زید لغو و بی فائده است، زیرا معقول نیست که مثمن از ملک من خارج شود ولی در عوض ثمن به ملک زید داخل گردد.

پس در این فرع با وجود تصریح به خلاف معامله باطل نشد، و چون مالک معیّن داشت برای او واقع گردید.

فرع دوّم: اگر شخصی مال زید را برای بکر بفروشد و بگوید: بعت هذا

الکتاب [که مال زید است] عن بکرٍ یا نیّتش این باشد، که معنایش اینست: مثمن و کتاب از ملک زید خارج شود ولیّ ثمن به ملک بکر در آید. حکم آنست که: اگر موجِب و فروشنده از سوی زید در رابطه با بیع کتاب وکالت داشته معامله مستقیماً برای زید واقع شده و قصد وقوع آن برای بکر لغو و بی فائده بود. و ثمن هم به ملک زید در می آید. و اگر وکالتی نداشته و فضولتاً خوانده منوط به اجازه زید بوده و اگر اجازه داد برای خود زید واقع می شود و قانون معاوضه این است. پس با وجود تصریح به خلاف هم حکم به صحّت شد.

فرع سوّم:

قوله: ولو اشتری:

اگر شخصی با پول دیگری متاعی را برای خودش خریداری کند، مثلاً بگوید: اشتریت هذا الکتاب لنفسی بمالٍ فی ذمّة زید [آنجا که ثمن کلّی باشد] یا به این صد درهم که از آنِ زید است. [آنجا که ثمن عین خارجی باشد.] باز معنایش آنست که: ثمن از جیبِ زید پرداخت شود و از ملک او خارج شود ولی مثمن به ملک منِ موجِب داخل شود.

در اینجا هم باز تصریح به خلاف کرده و حکم اینست که: اگر از سوی زید وکالتی در شراء کتاب نداشته، حتماً معامله برای خود او واقع شده و ثمن هم به ذمّه اش می آید، نه اینکه برای زید واقع شده و فضولی باشد و منوط به اجازهٔ زید باشد.

ولی اگر وکیل بوده و در مقام معامله گفته: اشتریت لنفسی بمأة درهم فی ذمّة زید و... چه باید کرد؟ مقتضی برای هر کدام از وکیل و موکّل وجود دارد، هم مقتضی برای وقوع معامله برای خود وکیل موجود است، چون گفته: اشتریت لنفسی و خود را قصد کرده، و هم برای موکّل موجود است، چون

گفته: به ثمن زید خریداری کردم، ولولا المانع می گفتیم: برای هر دو واقع می شود، ولی چنین چیزی قطعاً ممکن نیست [زیرا مستلزم اجتماع دو مالک مستقلّ بر مملوك واحد است که از محالات است.] پس ناچار از خیر یکی از آندو باید گذشت، و چون آن یکی معیّن نیست و ترجیح بلامرجّح هم محال است به ناچار سه احتمال متصوّر است:

۱ـ این معامله باطل باشد، دلیل مطلب: دو احتمال اضافهٔ شراء به خودش [که گفته: لنفسی و لازمه اش عدم وقوع برای موکّل است] و اضافهٔ شراء به ثمن موکل [که گفته: بثمن فی ذمّة زید یا بمال زید، و لازمه اش دفع وقوع برای خود او است.] با یکدیگر تدافع و تمانع و تعارض کرده و تساقط می کنند، پس معامله باطل است.

۲ـ این معامله صحیح باشد و برای خود وکیل یا موجب واقع شود، به دو دلیل:

الف: درست است که وی از سوی زید وکیل است، ولی چنین شرائی متعلّق وکالت نیست [چون وکیل شده که به مال زید برای زید مالی خریداری کند نه برایِ خودش]

ب: جانب اصالت [که جانب خود موجب است] بر جانب وکالت [که جانب زید است] رجحان دارد و مقدم می شود و ترجیح بلامرجّح نیست.

۳ـ معامله از سوی موکّل و برای او واقع شود و صحیح باشد، به دلیل اینکه: ثمن از مال او یا بر ذمّهٔ او تعیین شده است و هر کس که ثمن را باید بدهد مثمن را هم او می گیرد و به ملک او در می آید نه دیگران و این قانون معاوضه است. پس برای زید واقع می شود و قصد موجب خودش را لغو و بی حاصل است.

قوله: کما فی المعیّن:

یعنی آنجا که ثمن عین خارجی باشد مثل صد تومانی که زید به من داده که

برای او چیزی خریداری کنم و من برای خودم می خرم ... که در اوّل طرح این فرع به این بخش هم اشاره کردیم.

فرع چهارم:

قوله: ولو اشتری:

اگر شخصی فضولتاً و بدون وکالت یا ولایت مالی را برای زید به ثمنی در ذمّهٔ خود زید خریداری کند مثلاً بگوید: اشتریت هذا الکتاب عن زید ای لزید بمأة درهم فی ذمّة زید، چه حکمی دارد؟

حکم آنست که: اگر زید این شراء را اجازه و امضاء کرد، برای او واقع می شود، ولی فرض این فرع آنجائی است که اجازه نکند، می گوئیم: اگر زید اجازه نکرد ولی بکر اجازه کرد چه حکمی دارد؟ می فرماید: برای هیچکدام واقع نمی شود: نه برای زید چون ما قصد لم یقع، او اجازه نداد، و نه برای بکر چون ما وقع لم یقصد، از اوّل شراء برای بکر نبود تا با اجازهٔ او برای او تمام شود.

قوله: ولافرق:

بنابر وجه وسط [عدم التعیین مطلقا] فروعات و احکام مذکور مترتب می شود و فرقی میان نیّت خلاف یا تسمیه و تصریح به خلاف نیست. ولی بنابر وجه اخیر [تفصیل] اگر تصریح به خلاف کند معامله باطل است و آن احکام مترتب نیست ولی صرف نیّت خلاف مبطل نیست. و بنابر وجه اوّل [احد الامرین از تعیین و اطلاق منصرف] تمام این معاملات مذکور در فروعات باطل است زیرا یا نیّت خلاف بود و یا تسمیه و تصریح به خلاف.

قوله: اقول:

تا اینجا مفصّلاً سخنان صاحب مقابیس را آوردیم، اینک نقد و بررسی.

مرحوم شیخ را می بینیم: [نتیجهٔ سخنان مرحوم شیخ در بعض موارد با

صاحب مقابیس یکی است ولی طریقها فرق دارد و در بعض موارد نتیجه ها هم فرق دارند] ابتدا مقدّمه ای می آوریم:

حقیقت معاوضه و مبادله عبارتست از جابجائی و اینکه دو چیز عوض و بدل یکدیگر بوده و جای خالیِ دیگری را پرکنند و این در صورتی است که ثمن از ملک هر کس خارج شد مثمن هم به ملک همان کس درآید، و مثمن از ملک هر کس خارج شد ثمن به ملک او درآمده و جای خالیِ مثمن را پرکند و گرنه عوض از دیگری نبوده و بدل نخواهد بود و مبادلهُ مالٍ بمالٍ صدق نمی کند، و مبسوطاً در باب شروط عوضین خواهد آمد که: تعیین دقیقِ عوضین و معلومیّت آنها لازم است، ملکیّت لازم است، مالیّت هم لازم است، و همهٔ اینها شرط صحّتِ معامله هستند.

با این مقدّمه می گوئیم:

آنچه در معامله لازم و معتبر است و دلیل دارد عبارتست از: قصد عوض یعنی بایع قصدش این باشد که مثمن عوض از ثمن باشد و مشتری هم قصدش این باشد که ثمن عوضِ مثمن است. و مضافاً به قصد عوض، تعیین عوضین و ثمن و مثمن هم لازم است، ملکیت و مالیّت داشتنِ عوضین هم لازم است، و امّا بیش از اینها و اینکه قصد تعیین مالک هم بکنند و یا مالکین را به لفظ معیّن کنند هیچ دلیلی بر اعتبار این امر نیست.

آری گاهی حصول ملکیّت و مالیّت [و اینکه ثمن مملوك باشد و بدنبالش آثار و احکام ملک بر او مترتب شود.] نیازمند تعیین مالکین است.

بیان ذلک: عوضین گاهی دو عین خارجی بوده و صددرصد مشخّص هستند، مثل این کتاب و آن ده درهم، در اینجا ملکیّت و مالیّت محرز است، معلومیّت عوضین هم محرز است، و متعاقدین به قصد عوض و معاوضه انشاء بیع و شراء می کنند، چه مالکین را بشناسند یا نه، از آن ناحیه مأذون باشند یا

نه، و کمبودی ندارد تا نیاز به تعیین مالک باشد.

ولی گاهی عوض و معوض هر دو یا یکی از آندو کلّی است [صد من گندم، ده هزار تومان پول] و خاصیّت کلّی اینست که تا به ذمّهٔ خاصی اضافه نشود و نگوئیم: صد من در ذمّهٔ زید، هزار تومان بر ذمّهٔ بکر و... ملکیّت و مالیّت درست نمی شود، صد من گندم کلّی که ملک کسی نیست، مال کسی نیست، صرفاً در عالم اعتبار آن را اعتبار می کنیم، ولذا برای حصول ملکیت و مالیّت ناچاریم از اینکه: کلّی را به ذمّه ای اضافه کنیم تا ملک شود و تا معامله صحیح باشد، پس باز هم تعیین مالک و اضافهٔ کلی به ذمّهٔ خاص موضوعیت نداشته و شرط مستقلّی نیست، ملکیت و مالیّت شرط است و اضافهٔ مذکور برای تحقّق این شرط مطرح است.

قوله: واجراء:

گویا کسی می گوید: چه اشکال دارد که بدون اضافهٔ کلّی به ذمّهٔ شخص معیّن هم ملکیّت و احکام آن محقّق شود؟

بیان ذلک: گاهی مال صددرصد کلّی است و به هیچ چیزی اضافه نشده مثلاً گفته: ده رأس دام در مقابل صد دینار، که حتّی کلمهٔ «در ذمّه» را هم نیاورده و یا گفته: ده رأس دام در ذمّة در قبال صد دینار به ذمّه، امّا ذمّه را به چیزی اضافه نکرده، در این دو فرض قبول می کنیم که: کلّیِ محض و ذمّهٔ خالص و بدون اضافه، ملکیت و مالیّت آور نیست. ولی گاهی ذمّه به کسی اضافه شده است که این سه قسم است:

۱ـ به ذمّهٔ شخص معیّن اضافه کرده، مثلاً گفته: صد من گندم در ذمّهٔ زید می فروشم و... که قطعاً صحیح است و شما هم قبول دارید.

۲ـ به ذمّهٔ کلّیِ معیّن اضافه کرده، مثلاً گفته: صد من گندم بر ذمّه سادات یا علماء و... اینهم در باب زکات و خمس و مانند آن مطرح است و چون عنوان

مالک است طوری نیست.

۳ـ به ذمّهٔ فرد مردّد و منتشر اضافه کرده و بگوید: صد من گندم در ذمّه یکی از دو یا چند نفر فروختم به فلان مبلغ.

حال مستشکل می گوید: چه اشکالی دارد که به این نحو هم اضافه کافی باشد و در نتیجه ملکیت و احکام آن هم مترتب شود، بدون تعیین شخص؟ و در نتیجه بدون تعیین مالک هم ملک و مال درست شد، پس تعیین مالک برای این نیست که ملکیّت درست شود، و اگر برای این نبود پس شرط مستقلّی خواهد بود.

مرحوم آخوند در جواب می فرماید: چنین چیزی معهود و شناخته شده نیست و تازه می شنویم که: عنوان مبهم و مردّدِ احدالفردین یا احدالافراد هم مالک شوند!! منظورتان چیست؟ مفهوم احدهما را مالک می دانید؟ مفهوم که مالک نمی شود. مصداق احدهما را مالک می دانید؟ ترجیح بلامرجح است، مضافاً به اینکه احدهما یک عنوان انتزاعی است و مصداق خارجی ندارد، آنکه مصداق دارد احدهما المعیّن است نه احدهما المردّد و ... .

پس تا ذمّه به فرد خاصّی اضافه نشود ملک درست نمی شود و تعیین مالکین برای تحقّق شرط ملکیّت است نه اینکه استقلال داشته باشد.

نتیجه: به عقیدهٔ ما تعیین مالکین مطلقاً شرط نیست چه در عوضینی که هر دو کلّی باشند یا یکی کلی باشد یا هر دو عین خارجی باشند. و در مثالهائی هم که شیخ تستری ره آورد.

[**سه مثال**:

۱ـ وکیل از دو نفر در یک بیع.

۲ـ وکیل از چند نفر در بیوع متعدّد.

۳ـ فلو اشتری الفضولی لغیر ... .] باز اگر تعیین مالکین و بایع و مشتری

لازم است برای همین است که کلّیِ صرف فقط اعتباری بیش نیست و تا به ذمّه ای اضافه نشود ارزشی ندارد و معامله بر آن صحیح نیست.

[**نکته:** تا اینجا نتیجهٔ کلام شیخ اعظم با سخن صاحب مقابیس یکی است و درثمن و مثمن کلّی هر دو تعیین مالکین و اضافه به ذمّهٔ خاص را لازم می دانند، با این تفاوت که شیخ برای آن اصالت قائل نیست و آن را شرط مستقل نمی داند و طریق به تحقّق ملکیّت و ... می داند ولی تستری آن را یک شرط جدا می داند.]

قوله: وامّا ما ذکره:

محقّق تستری در بخش دوّم تفصیل خود فرمودند: اگر ثمن و مثمن هر دو عین خارجی بودند [که قهراً مالک واقعی دارند و در واقع مالک ها مشخّص هستند، ولو متعاقدین آنها را نشناسند.] مثل این کتاب و آن درهم، آیا باز هم در هنگام عقد تعیین قصدی و یا هم قصدی و هم لفظیِ مالکین لازم است یا نه؟ سه وجه ذکر کردند... .

مرحوم شیخ می فرمایند: متعاقدین که روی دو عین خارجی انشاء معامله کرده و ایجاب و قبول را می خوانند، به چه قصدی آن را انجام دهند؟ از دو حال خارج نیست:

۱ـ یا مقصودشان معاوضهٔ حقیقیّه است [معاوضهٔ واقعی و حقیقی آنست که مثمن از ملک هر کس خارج شد ثمن در ملک او داخل شود، و یک تبادل و جابجائیِ کامل صورت گیرد.]

۲ـ و یا مقصودشان معاوضهٔ حقیقیّه نیست، بلکه مجرّد انشاء صوری و لفظی و ظاهری است که به انگیزه های دیگری انجام شده است.

اگر معاوضهٔ حقیقیه را قصد کرده اند حکم آنست که: معاملهٔ مذکور صحیح است [اگر خودشان مالکند برای خود آنها، و اگر وکیل اند برای موکّلشان، و اگر فضولی اند با اجازهٔ مالک برای مالک اصلی] و مالک واقعی مثمن، مالک ثمن

می گردد و بالعکس، و جابجائی در ملک آنها صورت می گیرد، آنهم مطلقاً یعنی چه منتقلٌ عنه و منتقل الیه را تعیین بکنند و چه تعیین نکنند، چون خود به خود معیّن هستند و معاوضهٔ حقیقیّه هم که معنایش روشن شد. آنگاه در این فرض آن سه وجه معنا ندارد، بلکه همه باید حکم به صحّت کنند.

و اگر معاوضهٔ حقیقی را قصد نکرده اند، حکم آنست که: این معامله و عقد و انشاء و قبول صوری باطل و لغو بوده و بیعی صورت نگرفته است، باز هم فرقی میان مبانی مذکور و سه وجه نیست.

قوله: فَاِنْ جَعَلَ:

فرعی است که بر تشقیق مذکور متفرّع می کنند: اگر موجب در مقام انشاء گفت: ملّکتک فرسی هذا بحمار عمرو، که منظور آنست: فرس از ملک موجب خارج شده و در ملک مخاطب داخل شود، ولی متقابلاً ثمن آن یعنی حمار از ملک مخاطب خارج نشود بلکه از ملک عَمْرو خارج و به ملک موجب داخل شود. و بدنبال این ایجاب، مخاطب هم بلافاصله گفت: قبلت هکذا... .

اینجا اگر چنانچه قصد معاوضهٔ حقیقیه دارند حکم آنست که: معامله برای شخص مخاطب که قطعاً واقع نمی شود، چرا که نسبت به شخص او معاوضهٔ حقیقی معقول نیست، چون ثمن از ملک او خارج نمی شود، و از ملک دیگری خارج می شود. امّا آیا برای مالک حمار یعنی عَمْرو واقع می شود؟ به اینکه فضولی بوده و منوط به اجازهٔ او باشد، یا برای او هم واقع نمی شود؟ شیخ می فرماید: در این رابطه کلامی است که در باب بیع فضولی خواهد آمد. [و آن اینکه: المُنْشَأ غیر المُجاز و المجاز غیر المُنْشَأ، در حالی که باید همان که انشاء شده اجازه داده شود... .]

[و اگر در معاملهٔ مذکور واقعاً قصد معاوضهٔ جدّی نداشته بلکه به قصد هزل به مخاطب گفت: ملّکتک فرسی... که قطعاً باطل و لغو است و اثر ندارد، ولی

به هر حال آن سه وجه و تفصیلات مطرح نیست. در فرض معاوضه حقیقی مطلقاً صحیح است و در فرض دوّم مطلقاً باطل است.]

قوله: وامّا ما ذکره:

و امّا فروعاتی که ذیل بخش دوّم از تفصیل تستری ذکر شد [۴فرع بود] اوّلین فرع را مطرح کرده و جواب می دهیم: اگر شخصی بگوید: بعت مالی عن زید، و مال خودش را از طرف زید و برای او بفروشد، بدین معنا که متاع از ملک بایع درآید ولی ثمن آن به ملک زید داخل شود، چنین معامله ای قطعاً برای زید که واقع نمی شود، چون نسبت به او معاوضهٔ حقیقیّه نیست، و معنا ندارد که بدون اینکه کتاب از ملک او خارج شود پول کتاب در ملک او داخل شود.

ولی آیا این معامله کلاً باطل است؟ یا برای مالک اصلی و بایع واقع می شود؟

شیخ می فرماید: ظاهر آنست که برای بایع واقع می شود [منظور از ظاهر اصالة الظهور است که در تلفظ بعتُ جاری شده و دلالت می کند که ظاهر آن یعنی معاوضهٔ حقیقیه مراد است.] و قصد غیر داشتن [که از جانب زید باشد] چون معقول نیست و برخلاف مقتضای معاوضه است لغو و بی فائده خواهد بود، و اگر هم در ظاهر و صورت غیر را قصد کرده یا حتّی به زبان آورده، ولی در واقع و نفس الامر او مقصود نیست و قصد غیر صوری است، و لغو بودن یعنی همین که واقعی و جدّی و حقیقی نیست.

قوله: ولذا:

تا به حال فرض ما: لو باع مال نفسه عن الغیر بود، حال عکس آن یعنی: «لو باع مال غیره لنفسه» اگر کسی مال غیر را برای خود فروخت مثلاً گفت: بعت کتابَ زید عن نفسی که منظور اینست: کتاب از ملک زید خارج شود ولی ثمن کتاب به ملک من داخل شود، اینجا حکم آنست که: معامله با اجازهٔ مالک کتاب برای خود مالک واقع می شود، «و مبادلهٔ حقیقی یعنی همین» و برای من

بایع ابداً [قبل از اجازهٔ مالک یا پس از آن] واقع نمی شود، و معقول نیست که واقع شود.

قوله: نعم:

مسئله ای در آینده مطرح خواهد شد تحت این عنوان که: مَنْ باع شیئاً ثمّ ملکه فاجاز ... آیا صحیح می شود یا خیر؟ یعنی کسی مال دیگری را فضولیّاً فروخته، سپس آن مال را خود مالک شده [به شراء یا هبه و ...] و بدنبال آن بیع فضولیِ خود را اجازه کرد، چه حکمی دارد؟ مبسوطاً خواهد آمد، ولی برخی فتوی به جواز و صحت داده و گفته اند: پس از اجازه برای خود بایع فضولیِ قبلی و مالک فعلی واقع می شود. حال در ما نحن فیه مال دیگری را برای خود فروخت، سپس آن را مالک شد و اجازه داد، بنابر قول مذکور معامله برای خود او واقع می شود، امّا نه از باب اینکه چون روز اوّل و فضولیّاً برای خود فروخته بود حالا هم برای او واقع می شود، بلکه چه برای خود و چه برای مالک فروخته باشد الآن که مالک شده و اجازه می کند مقتضای معاوضهٔ حقیقی آنست که برای خود او واقع شود و ثمن ملک او گردد.

قوله: الاّ ان یقال:

این فراز استدراك از نَعَمْ یا ولِذا لَوْ باعَ... نیست بلکه تبصره ای بر اصل مطلب است: اصل مطلب این بود که: لو باع مال نفسه عن غیره ... گفتیم: بیع برای خود بایع و مالک واقع می شود و قصد الغیر لغو است، ولی جا دارد کسی بگوید: در اینجا دو احتمال وجود دارد:

۱ـ ظهور کلمهٔ بعتُ در معاوضهٔ حقیقی و جدّی: این ظهور ایجاب می کند که بیع برای خود بایع باشد و قصد عن الغیر لغو باشد، زیرا نسبت به غیر، معاوضهٔ حقیقیّه معقول نیست.

۲ـ صریح کلمهٔ عن غیره در ایجاب قرینه بر یکی از دو امر باشد:

۱ـ قرینه باشد بر اینکه: موجب صیغهٔ بعتُ را در بیع حقیقی و مبادلهٔ واقعی بکار نبرده و بلکه صرفاً بیع صوری و ظاهری و به انگیزه های دیگر است.

۲ـ قرینه باشد بر اینکه: موجب، آن غیر را به منزلهٔ خودش که مالک واقعی است فرض کرده و مالک ادّعائی کرده و سپس از طرف او فروخته [و در بیع فضولی مسئله سوم که بیع الغاصب لنفسه باشد از همین راه وارد شده و می گوئیم: غاصب و سارق ابتدا در عالم ادّعا و تنزیل خود را مالک فرض می کند و بدنبال آن حقیقتاً انشاءِ بیع و معامله می کند.]

حال هر کدام که باشد [قرینه بر صوری بودن بیع یا بر ادّعای بودنِ بایعِ] نتیجه آنست که معاملهٔ مذکور باطل باشد، زیرا معامله صحیح آنست که در آن قصد معاوضهٔ حقیقی از سوی مالک حقیقی باشد.

و در اینجا بنابر وجه اوّل قصد معاوضهٔ حقیقی نیست و بنابر وجه دوّم از مالک حقیقی نیست بلکه ادعائی است و باطل است. [محشّین نوعاً[1] به مرحوم شیخ اعتراض کردند که: نتیجه مالکیت ادّعائی بطلان نیست و شما صحّت بیع الغاصب لنفسه را در بیع فضولی از همین راه درست می کنید، پس چگونه اینجا بطلان را نتیجه گرفتید؟]

قوله: ومن هنا:

دو شاهد می آورند صبی بر اینکه اگر قصد معاوضهٔ حقیقی از سوی مالک حقیقی نبود معامله باطل است. البته این دو شاهد عکس ما نحن فیه است، زیرا ما نحن فیه فعلاً بیع مال خودش برای غیر بود، و دو شاهد در مورد بیع مال غیر برای خودش می باشد:

۱ـ راهن به مرتهن می گوید: اگر سر وقت قرضت را ادا نکردم حق داری فرش مرا برای خود بفروشی و پولت را برداری، که یعنی فرش از ملک راهن

---

(۱) مرحوم سیّد، مرحوم ایروانی و مرحوم شهیدی.

خــارج شــود ولی پـولِ آن به ملک مــرتهن درآیـد. عــلاّمــه و دیگران این را بـاطل دانسته اند.[۱]

۲ـ شخصی از دیگری طعامی طلبکار است و از او می خواهد کـه طعامش را بدهد، بدهکـار به او می گـوید: بیـا و ایـن هزار تومـان مـرا بگیـر و با آن برای خـود طعـامی خـریداری کن، یعنی ثمن از ملک من درآید ولی مـثـمن بـه ملک تو درآید. این نیز گفته شده که باطل است. پس بیع مال نفسه لغیره هم باطل است.

[کلامی از مرحوم شهیدی:

قوله: الاّ ان یقال ...

اقـول: حـاصـل مـا یـقـال انّ الحکم بوقـوع البـیع عن البـایع مـستنداً الی اصـالة الظهـور المذکـور دوریٌّ لانهـا مـوقـوفة علـی انعـقـاد ظهـورٍ لبعت فی المعـاوضة الحـقیـقیّة وهو مـوقـوف علی لغویّة قـصد کـونه للغیر بمعنی عـدم مـعقـولیّته والاّ یکون قرینةً عـلی التصرف فیه، وهو مـوقـوفة علی اصـالة الظهور.

فیدور الامر حینئذٍ بین الاخذ بظهـور بعت فی المعاوضـة الحقیـقیّة و الحکم بلغویة القـصد المذکور فیصحّ البیع عن البایع و بین الاخذ بالقـصد المذکور و جعله قـرینة علی التصرّف علی نحو یرتفع التناقص وهو احـد الامرین:

الاوّل التصـرف في مادّة بعتُ بعـدم ارادة المعاوضة الحـقیقـیّة بلا تصرّف فی الغیر ... .

و الثانی التـصرف فی الغـیر بتنزیله منزلة نفسه مع ارادة المعاوضـة الحقیـقیّة من البـیع ... وعلی کـلا الـوجهـین تبطل المعـامـلة لعـدم قـصـد المعـاوضـة الحقیقیة مع المالك الحقیقی[۲]]

(۱) قواعد الاحکام، ج۱، ص۱۶۶.

(۲) هدایة الطالب، ص۲۵۶.

قوله: ولکن الاقوی:

این فراز استدراك از الاّ ان یقال... بوده و ردّ آن است: اگر چه احتمال دادیم که آوردنِ کلمهٔ لغیره در «بیع مال خودش برای دیگری» قرینه بر احدالامرین باشد و نتیجه بطلان بیع مذکور باشد، و لکن اقوی نزد ما آنست که: معاملهٔ مذکور صحیح است و برای خود مالک متاع واقع می‌شود، و قصد غیر داشتن لغو و بیهوده است و وجودش کالعدم است.

قوله: لانّه:

دلیل صحت بیع و لغویت قصد مذکور آنست که: قصد الغیر دو گونه است:

۱ـ غیر را یکی از دو رکن معامله قرار دادن، و در حقیقت او را موجب و مملِّک و انشاء کنندهٔ تملیک دانستن، یعنی منظور مالک اصلی از بعتُ مالی لزید آنست که خود مالک فروشنده نیست بلکه فروشندهٔ اصلی غیر است.

اگر این باشد معامله باطل است زیرا غیر که مالک متاع نیست تا جدّاً و به قصد معاوضهٔ حقیقیّه بتواند آن را به دیگری تملیک کرده و متقابلاً ثمن را مالک شود، قهراً این معاوضه هزلی خواهد بود نه جدّی و واقعی.

۲ـ حق اینست که: مالک نمی خواهد بدین وسیله غیر را یکی از دو رکن معاوضه قرار دهد بلکه منظورش از قصد غیر آنست که: فائدهٔ بیع [تملّک ثمن] به غیر برگردد، یعنی بایع اصلی و انشاء تملیک کننده خود مالک است و معنای مطابقِ بیع در اختیار او است، ولی معنای فرعی و تبعیِ آن و لازمهٔ آن که تملّک ثمن باشد در اختیار غیر است. اگر این باشد معامله صحیح است و قصد غیر داشتن لغو است زیرا شرعاً به مجرّد قصد و نیّت اینکه غیر مالک ثمن یا مثمن شود کافی نیست و او را مالک نمی کند، آری اگر به عنوان مستقلّی از هبه و وصیّت و وقف خاص و... انشاء ملک کرد، و او هم قبول کرد مالک می شود.

[**نکته**: اگر تعبیر مالک این باشد که: «بعت مالی لغیری» مطلب همان است که شیخ فرمود که احتمال دوّم باشد ولی اگر تعبیر این باشد: بعت مالی عن الغیر، ظهور در رکنیّت دارد و نتیجه بطلان است.]

قوله: واما حکمهم:

امّا دو نمونه ای که در ادامهٔ الآن یقال مطرح شد و به عنوان شاهدی بر بطلان بیع ذکر شد [مسئلهٔ بیع عین مرهونه توسّط مرتهن، و مسئله اشتراء طعامی برای خویش با مال دیگران]

مرحوم شیخ می فرماید: منظور فقهاء از بطلان، بطلان مطلق نیست یعنی نمی خواهند بگویند: بیع مرتهن از ریشه باطل است که نه برای مرتهن واقع می شود و نه برای راهن یا شراء مشتری صددرصد باطل است که نه برای خودش و نه برای مالک ثمن واقع نمی شود. بلکه منظور اینست که: این معامله برای مرتهن و مشتری واقع نمی شود، و گرنه برای مالک اصلی و آنهم با اذن مالک واقع می شود.

قوله: وبالجمله:

جان کلام اینکه: در آینده در بحث بیع فضولی خواهد آمد که: اگر فضولیِ غاصب مال دیگران را برای خود فروخت، یا با پول دزدی و غصبیِ دیگران برای خویش کالائی خریداری کرد فقهاء نوعاً فتوی به صحّت داده اند و معنای صحت آنست که: اگر مالک اصلی اجازه کرد، بیع برای او واقع می شود نه برای غاصب، با اینکه غاصب از بیع قصد النفس داشته ولی قصد خود کردن لغو است.

حال این مطالب بهترین شاهد است بر اینکه بیع صحیح است و قصد الغیر در ما نحن فیه و قصد النفس در بیع فضولی، و در یک کلام قصد غیر مالک داشتن لغو و بی اثر است نه اینکه بیع باطل باشد.

قوله: ثمّ انّ:

مبحث تعیین مالکین دو بخش دارد:

۱ـ موجِب در متن عقد تعیین کند که از طرف چه کسی انشاء بیع می کند و می فروشد؟ از طرف خودش؟ یا از طرف موکّل؟ یا مولّی علیه؟ و... و قابل نیز مشخّص کند که از طرف چه کسی خریدار است؟ این بحث تا به حال عنوان شد و نظریّهٔ محقّق تستری و شیخ اعظم را ملاحظه کردید.

۲ـ علاوه بر اینکه موجِب «من یبیع له یا عنه» را مشخّص می کند آیا لازم است که خصوص مشتری را هم تعیین کند؟ یعنی بداند که قابل برای چه کسی خریداری می کند؟ برای خودش؟ یا برای غیر؟ کدام غیر؟ برای زید؟ یا برای بکر؟ و... تا قصد خصوص همان کس بنماید.

و قابل هم علاوه بر اینکه «من یشتری عنه یا له» را مشخّص می کند، آیا لازم است که خصوص بایع را معیّن کند یعنی بداند که فروشنده از جانب چه کسی می فروشد؟ از جانب خود بالاصالة می فروشد؟ یا از جانب غیر؟ و... تا خصوص همان شخصی را قصد کند. آیا این گونه تعیین ها لازم است؟ مقدّمه: سه فرض در ما نحن فیه متصور است:

۱ـ فرض علم به ارادهٔ خصوص مخاطب: یعنی یقین داریم که برای متعاقدین مخاطب خاصّ مطرح است و قصد طرفین خصوص مخاطب است لاغیر، مثل باب نکاح که زوجه وقتی انشاء تزویج کرده و می گوید: زوّجتک نفسی... منظورش خصوص مخاطب و قابل است و به تزویج با او راضی است نه اینکه منظورش فرد دیگری باشد که مخاطب وکیل او است و... متقابلاً قابل هم که قبلت التزویج می گوید، منظورش تزویج با خود این زن است نه با موی موکلّه او و... .

۲ـ فرض علم به عدم ارادهٔ خصوص مخاطب: یعنی یقین داریم که برای

متعاقدین یا متخاطبین که یکدیگر را مورد خطاب قرار داده و ایجاب و قبول را انشاء می کنند، مخاطب خاص مطرح نیست، و مخاطب اعمّ را در نظر دارند، مثل باب بیع و اجاره و ... که معمولاً برای فروشنده مهم نیست که مشتری برای چه کسی می خرد، او می خواهد کالایش به فروش برسد، امّا کسی خریدار باشد مهمّ نیست. و نیز معمولاً برای خریدار هم اینکه فروشنده چه کسی باشد مهمّ نیست، مهمّ خریدن متاع است.

۳ـ فرض عدم العلم یا شک در اینکه آیا مخاطب خاص مطرح است یا خیر؟ مثل بعض موارد اجاره و بیع که موجب گفته: بعت داری بکذا یا گفته: بعتک ولی یقین نداریم که مخاطب خاص برای او مطرح است یا خیر؟ با حفظ این مقدّمه می گوئیم:

در رابطه با لزوم تعیین هر یک از طرفین، مقابل خود را ... دو احتمال مطرح است:

۱ـ بگوئیم: مطلقاً «و در هر سه فرض مذکور در مقدّمه» تعیین و علم لازم است مگر در یک صورت، و آن صورتی است که از خارج یقین داریم که طرفین مخاطب خاصی را در نظر ندارند و برای آنها مهمّ نیست که کی بفروشد؟ و کی بخرد؟ و غالباً در بیع و اجاره مطلب همین است و لذا در بازار می گوید: فروختم این کتاب را به صد تومان، یا خریدم این کتاب را ... امّا به چه کسی یا از چه کسی مطرح نمی شود. طبق این احتمال اگر کافی خطاب آورد و گفت: بعتک یا ملّکتک یا اشتریت منک و ... یا آجرتک منفعة داری ... باید گفت: مراد از کافی خطاب خصوص مخاطب نیست چون او موضوعیتی ندارد بلکه منظور مخاطب است به اعتبار اعمّ، چه مالک حقیقی و اصلی باشد و چه مالک ادّعائی و جعلی که در غاصب است و چه به منزلهٔ مالک که وکیل و ولّی باشد. که در این فرض تعیین لازم نیست.

۲ـ بگوئیم: مطلقاً و در هر سه صورت تعیین لازم نیست مگر در یک صورت و آن فرضی است که از خارج یقین داریم که متعاقدین مخاطب خاصی را مدّنظر دارند و خصوصیت مهمّ است مثل باب نکاح ـ وقف خاص، هبه، وکالت، وصیّت و... که موجب به هر کسی انشاء تزویج نفس نمی کند، برای هر کسی وقف نمی کند، به هر کسی بخشش نمی کند، هر کسی را وکیل نمی کند، برای هر شخصی وصیّت نمی کند و... در تمام اینها مخاطب خاص مطرح است. ولی از اینها که بگذریم تعیین و علم لازم نیست.

قوله: والاقوی:

مرحوم شیخ احتمال اوّل را تقویت کرده و می فرمایند: تعیین لازم است به این دلیل که وقتی به کسی خطاب کرده و می گوید: بعتُ هذا بهذا، یا حتّی با کافی خطاب آورده و می گوید: ملّکتک و... ظاهر کلامش آنست که به تو که مخاطب من هستی تملیک می کنم و قصد مخاطب خاص را دارد «صغری»

و عقود هم تابع قصود است «کبری»

پس برای مخاطب خاص واقع می شود و تا او را نشناسد چگونه قصد تملیک به او بنماید؟!

قوله: وعلی فرض:

بنابر قول ثانی هم که تعیین لازم نبود، باز می گوئیم ولو لازم نیست ولی حرام که نیست، پس: اگر کسی تصریح کرد که من این خانه را به شما می فروشم یا چون شما هستید اجاره می دهم که اگر کس دیگر باشد معامله نمی کند باز چون خود موجِب قصد خاص دارد، باید قصد او پیروی شود و قابل هم فقط حق دارد برای خودِ انشاء قبول کند و حق ندارد برای دیگران انشاء قبول کند و گرنه ما قُصدَ لم یقع وما وقع لم یُقصد والعقود تابعة للقصود.

قوله: قال فی التذکِرة:

کلام علاّمه هم شاهد نظریّهٔ ما است،

بیان ذلک: علاّمه در تذکره فرموده[1]: اگر دو نفر معامله کنند که یکطرف اصیل و طرف دیگر فضولی است، ولی اصیل خبر ندارد از اینکه رفیقش فضولی است و مالک نیست، چنین فضولی ای اگر مال مردم را بفروشد، یا با مال مردم چیزی را خریداری کند، صحّت این معامله محلّ اشکال است، زیرا اصیل به گمان اینکه فضولی مالک است، قصد انشاء را برای او کرده [یعنی مخاطب خاص مطرح است] و با اجازهٔ مالک واقعی بیع برای او واقع می شود در حالیکه اصیل او را قصد نکرده، فما قصد لم یقع وما وقع لم یقصد، از این حیث اشکال دارد.

قوله: وهذا الاشکال:

مرحوم شیخ می فرماید: اگر چه این اشکال ضعیف و مردود است [زیرا قصد اصیل از نقل مال به فضولی صرفاً بلحاظ این بوده که گمان می کرده او مالک است پس قصد مالک حقیقی دارد ولی در انطباق آن دچار اشتباه شده و قصد غیر کرده و این قصد لغو است نه اینکه معامله باطل باشد.] و برخلاف اجماع و سیره مستمره بر صحت بیع فضولی است. ولی این سخن شاهد ما بوده و بر همان مطلبی که ما گفتیم مبتنی است که: الاقوی هو الاوّل عملاً بظاهر الکلام ... .

قوله: وقد یقال:

به عقیدهٔ ما تفاوت نکاح و اخوات آن با بیع و مانند آن، این شد که: در نکاح و مانند آن قصد مخاطب خاص در بین است، ولی در بیع و مانند آن مخاطب اعمّ مطرح است. ولی دو فرق دیگر هم میان دو دستهٔ عناوین مذکور ذکر شده که آنها را ذکر کرده و ردّ می کنند:

فرق اوّل: زوج و زوجه یا طرفین عقد در باب نکاح حکم عوضین را «ثمن و

---

(۱) تذکرة الفقهاء، ج۱، ص۴۶۳.

مثمن» در سایر معاملات دارند، همانطور که نسبت به عوضین اغراض مختلف است، ای چه بسا مشتری به کالای خاصّی نظر دارد و غرضش به آن تعلّق دارد، و هکذا بایع ثمن معیّنی را می طلبد و... در نکاح هم زوجین نظر به فرد خاص دارند زوجه قصد تزویج با هر کسی را ندارد، زوج هم کذلک، پس باید طرف مقابل را تعیین کند و بداند کیست تا تطابق میان ایجاب و قبول حاصل شود [قبلاً در شروط صیغه ذکر شد.] و ایجاب و قبول بر یک مورد وارد شوند. ولی به خلاف باب بیع که متعاملین حکم عوضین را نداشته و معمولاً به اختلاف آنها غرضها مختلف نمی شود.

فرق دوّم:

قوله: ولانّ:

معنای بعتُ عبارتست از اینکه: جعلتک مشتریاً و رضیتُ بان تکون مشتریاً، و عنوان مشتری حقیقتاً بر قابل صادق است چه برای خود خریداری کند و یا برای موکّل و... و لذا تعیین و علم لازم نیست. ولی زوّجتک یعنی جعلتک زوجاً و رضیت بان تکون زوجاً یعنی زوجه راضی است که مخاطبش زوج او باشد، و عنوان زوج حقیقتاً بر وکیل یا ولّی زوج اطلاق نمی شود تا مخاطب اعمّ باشد از زوج و وکیل، بلکه بر خود زوج اطلاق می شود.[1]

قوله: ویرد علی الوجه الاوّل:

مرحوم شیخ از هر دو فرق جواب می دهند:

امّا از فرق اوّل: دو جواب می دهند:

الف: بیان شما [که گفتید: در باب نکاح زوجین به منزلهٔ عوضین می باشند و غرضها متفاوت است...] تنها دلیل بر لزوم تعیین و علم در باب نکاح است ولی

(۱) مقابس الانوار، ص۱۱۵.

دلیل بر عدم وجوب تعیین در بیع نیست، به عبارت دیگر: شما ثابت کردید که در نکاح تعیین شرط است ولی ثابت نکردید که در بیع تعیین شرط نیست، و اثبات شیئی نفی ما عدا نمی کند پس جا دارد کسی بگوید: در بیع هم تعیین لازم است و با نکاح فرقی ندارند.

[شگفتا از مرحوم شیخ و این جواب!! زیرا که بیان مذکور برای نفی و اثبات صلاحیّت دارد و وقتی می گوید: در نکاح غرضها متفاوت است پس تعیین لازم است، مفهومش آنست که در بیع غرضها متفاوت نیست و نیاز به تعیین نداریم، پس بیان مذکورو ساکت نیست بلکه هر دو جنبه را متعرض است.]

ب: دلیل شما از مدّعاتان اخصّ است، زیرا مدّعا اینست که: در باب نکاح و اخوات آن تعیین لازم است، ولی دلیل فقط باب نکاح را بیان کرد، سپس باید دلیلی بیاورید که مطردّ و جامع باشد. [باز هم شگفتا!! زیرا جا دارد که عین بیان مذکور را در اخوات نکاح یعنی هبه، وقف خاص، وصیّت و... نیز آورد و از این حیث فرقی ندارند، پس به نظر می آید فرق مذکور قابل قبول است.]

و امّا از فرق دوّم: همانطور که زوّجتک نفسی یعنی جعلتک زوجاً و رضیت بکونک زوجاً، هکذا بعتک مالی هم یعنی جعلتک مالکاً و رضیت بکونک مالکاً [زیرا در اوّل کتاب بیع از زبان فخرالدین و دیگران آوردیم که: بعتُ در لغت عرب به معنای ملّکت آمده و نیز در تعریف بیع گفتیم: انشاء تملیک... پس بعتُ هم جعل مالکیّت است.] نه اینکه معنای بعتُ عبارت باشد از جعلتک مشتریاً و رضیت بان تکون مشتریاً و... و همانطوری که زوج بر وکیل زوج یا ولّی او و یا فضولی اطلاق نمی شود هکذا مالک هم بر وکیل یا ولّیِ مالک اطلاق نمی شود، و از این جهت هم بیع و نکاح فرقی ندارند.

قوله: فالاولی:

پس از ردّ دو فرق مذکور، برمی گردیم به فرقی که خودمان آوردیم و

می گوئیم: بهتر آنست که چنین فرق بگذاریم:

در بیع و اجاره و مانند آن غالباً و معمولاً مخاطب به عنوان خاصّ و بما هو نفسه مطرح نیست و موضوعیّتی ندارد، بلکه به عنوان عامّ[اعمّ از اینکه اصیل باشد و برای خود معامله کند یا نائب باشد و برای غیر معامله کند] مطرح است. [برای فروشنده چه فرق می کند که خریدار برای چه کسی خریداری می کند؟ و بالعکس برای خریدار چه فرق دارد که فروشنده از ناحیهٔ چه کسی می فروشد.]ولذا تعیین و علم لازم نیست.

قوله: ولا ینافی:

اگر دو نفر با یکدیگر معامله ای انجام دادند و سپس نزاع کردند: موجب گفت: من به تو فروخته ام و تو برای خودت خریدی پس تو ضامنی و باید از عهده برآئی و ثمن را بپردازی و اگر تلف شده باید عوض آن را بدهی، و قابل یا مشتری گفت: من اصیل نبوده و برای خود نخریده ام بلکه برای موکّلم یا فضولیّاً برای فرد ثالث خریدم و تو باید از او ثمن را مطالبه کنی، در اینجا حکم آن است که ادّعای مشتری مسموع نیست و حاکم شرع او را مشتری شناخته و ملزم به پرداخت ثمن می کند.

حال اگر در بیع مخاطب به عنوان عام مطرح باشد باید این ادّعا مسموع باشد، پس چرا مسموع نیست؟

آیا این حکم و فتوی [عدم اعتناء به ادّعای مشتری] با آن مطلب که غالباً در بیع مخاطب به عنوان عام مطرح است ... منافی نیست؟

در جواب می فرمایند: خیر منافی نیست. سپس می فرمایند: فتأمّل که اشاره به اینست که: در وجه عدم منافات دقّت کن و آن اینکه: در معاملهٔ مذکور دو غلبه وجود دارد:

۱ـ غالباً برای موجب مخاطب خاص به عنوان خودش مطرح نیست و به

عنوان عام مطرح است.

۲ـ غالباً خود مخاطب که از جهتی متکلم است و انشاء قبول می کند، برای خود خریداری می کند و از ناحیهٔ خودش قبول می کند و قبول عن الغیر قرینه می خواهد، و چون نیاورده این غلبه می گوید: تو برای خودت خریدی پس خودت باید از عهده برآئی و ثمن را بدهی، فلا منافات.

امّا در باب نکاح و مانند آن غالباً مخاطب به عنوان خاص و نفس رکن عقد است نه به عنوان اعمّ [اگر مخاطب برای خود قبول کند زن حاضر به عقد تزویج است ولی اگر وکیل باشد او حاضر نیست.] ولذا تعیین لازم است یعنی موجب که زن است باید بداند که قابل از ناحیهٔ چه کسی قبول کند تا بعد انشاء نکاح کند.

قوله: بل ربّما:

در بیع و مانند آن می توان مجازاً بر نائب مالک و وکیل او هم اطلاق مالک کرد و گفت: جعلتک مالکاً... ولی در نکاح و مانند آن حتّی مجازاً هم نتوان بر وکیل زوج عنوان زوج را اطلاق کرد، و با اینکه قرینهٔ مقامیّه است و زوجه می داند که مخاطب برای موکّل قبول می کند معذلک نمی تواند نائب را به منزلهٔ اصیل دانسته و بگوید: زوّجتک نفسی... ای جعلتک زوجاً... .

قوله: ولعلّ:

شاید سرّ مطلب آن باشد که عنوان بایع یا مشتری یا مالک مجازاً بر وکیل مالک هم اطلاق می شود ولی عنوان زوج و موقوف علیه و... حتّی مجازاً هم بر وکیل زوج و... اطلاق نشده و چنین چیزی مرسوم و متعارف نیست.

قوله: فتأمّل:

در ما ذکرنا دقّت کن تا خیال نکنی که: وجه الفرق ما به وجه الفرق دوّم در کلام بعض برمی گردد، خیر این غیر از آن است، زیرا آن قائل می گفت: بعت ای جعلتک مشتریاً و رضیت باشترائک... و مشتری حقیقتاً بر وکیل هم صدق

می کرد.

ولی ما گفتیم: بعتُ ای جعلتک مالکاً... و مالک حقیقتاً بر وکیل صدق نمی کند آری مجازاً صدق می کند و همین مقدار از صدق کافی است. پس این دو وجه یکی نیستند.

(۵)
اختیار متعاقدین
(مسئلهٔ سوم)

تا به حال چهار شرط از شروط متعاقدین بیان شد که عبارت بودند از :

۱ـ بلوغ : متعاقدین هر دو بالغ باشند، پس عقد دو صبّی یا یک صبی با یک بالغ باطل است .

۲ـ عقل : هر دو عاقل باشند، پس دو مجنون یا یک مجنون با یک عاقل عقدشان باطل است .

۳ـ قصد : هر دو باید مدلول خاص عقد را قصد کنند و گرنه معامله باطل است .

۴ـ تعیین مالکین : که دو بخش داشت و هر دو قسمت بررسی شد .

و اینک شرط پنجم از شروط متعاقدین اختیار آندو است :

واژهٔ اختیار گاهی در مقابل جبر بکار می رود و در مسائل اعتقادی می گوئیم : جبر و اختیار جبر یعنی فاعل در فعلش هیچ اراده و قصدی ندارد . بلکه آلت و ابزاری بیش نیست و کلیّهٔ افعالِ او مانند حرکت دست مرتعش می ماند که بی اختیار و بدون خواست و ارادهٔ او رعشه دارد و می لرزد .

و اختیار یعنی فاعل در افعالش دارای اراده و اختیار است و آنها را با اراده و خواست و تصمیم خود انجام می دهد و اگر نخواسته باشد انجام نمی دهد [ان شاء فعل وان لم یشأ لم یفعل] در ما نحن فیه اختیار در مقابل جبر نیست و منظور این نیست که: مختار باشد یعنی قاصد و مرید باشد نه مجبور، زیرا که اختیار به این معنا به قصد المدلول برمی گردد که در شرط ثالث گفته آمد، و نیاز به ذکر مجدّد نداشت.

و گاهی اختیار در مقابل اکراه بکار می رود که انسان مختار هم افعالش را با قصد انجام می دهد و خود اراده می کند و انجام می دهد و کسی او را ملجأ ننموده که به کلّی از او سلب اراده شود، انسان مکره نیز با قدری تأمل و تصور و تصدیق [که اگر انجام ندهم کشته می شوم ...] تشخیص می دهد که انجام فلان کار به سود او است و لذا تصمیم می گیرد و با ارادهٔ خودش عمل مورد اکراه را انجام می دهد، ولی تفاوت آندو در اینست که: انسان مختار دارای طیب نفس و رضایت باطنی و میل هم هست و با شوق و رغبت و رضا و میل کاری را انجام می دهد، ولی انسان مکره طیب نفس ندارد و اگر به میل خود بود انجام نمی داد، علی رغم میل باطنیِ خود و با ناراحتی و کراهت کار را انجام می دهد.

حال اختیاری که فعلاً به عنوان یک شرط جدا مطرح است به همین معنا یعنی در مقابل اکراه است و منظور آنست که: اگر متعاقدین با طیب نفس قصد انشاء کرده و قصد معاوضه نمودند، معامله صحیح است ولی اگر بدون طیب نفس و با ناراحتی و فشار و تهدید در مقام انشاء برآمده و قصد مدلول معامله را نمودند، این معامله و بیع اکراهی بوده و صحیح نیست، [البته اکراه اگر به حق باشد مبطل نیست، مثل اکراه نمودن شخص محتکر به اینکه ارزاق عمومی را احتکار نکند و آنها را به قیمت عادلانه در اختیار مصرف کننده قرار دهد، اگر حاکم شرع او را مکره کرد و او فروخت معامله باطل نیست.]

قوله: ویدلّ:

به پنج دلیل اعتبار شرط مذکور را تضمین می کنیم:

۱ـ اجماع: فقهاء اجماع دارند که بیع مکره باطل است و باید بیع به اختیار و طیب نفس باشد.

[البته اجماع در این مقام تعبّدی نیست و مدرکی است یعنی مدرك مجمعین دلائل بعدی است که ذیلاً عنوان می شود، و این اجماع ارزشی ندارد، و لذا فرموده: ویدلّ علیه قبل الاجماع، که اجماع دلیل مستقلّ نیست. آری اگر بعد الاجماع می گفت خود اجماع یکدلیل جدا بود.]

۲ـ قوله تعالی: **﴿ولا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الاّ ان تکون تجارةً عن تراض﴾**[1].

کیفیت استدلال: این آیهٔ شریفه جواز اکل و تصرف در مال مردم را منحصر کرده به تجارتی که همراه با تراضی و رضایت باطنیِ طرفین باشد، و در بیع اکراهی تراضی نیست، پس بیع مذکور مجوّز اکل نیست، پس بیع مذکور مؤثر نبوده و موجب نقل و انتقال نیست، و در یک کلام: باطل و فاسد است.

۳ـ روایات فراوانی که مضمون تمام آنها اینست: مال هیچ مسلمانی برای دیگری حلال نیست یا هیچ کس حق ندارد در مال دیگری دخل و تصرّفی انجام دهد مگر با طیب نفس و رضایت خاطر مالک[2] پس تا راضی نباشد تصرّف جایز نیست، و اگر بیع مکره صحیح بود که تصرف هم جایز می شد، پس معلوم می شود بیع مذکور باطل است.

۴ـ حدیث رفع که از روایات مورد اتّفاق همهٔ فرقه های اسلامی است و رسول خدا ﷺ فرموده: از امّت من نه یا شش چیز رفع داشته که یکی از آنها

---

(۱) سورهٔ نساء آیهٔ۲۹.

(۲) عوالی اللآلی، ج۲، ص۲۴۰.

اینست: رفع ما اکرهوا علیه، یعنی بر هر چیزی که مکره شدند آن چیز از دوش آنها برداشته شده.[۱]

کیفیت استشهاد: اگر چه ظاهر حدیث رفع آنست که: مراد رفع خصوص مؤاخذه و عقاب باشد و ربطی به آثار و احکام وضعی نداشته باشد. [به قرینهٔ وحدت سیاق: چون قبل از فراز مذکور فرموده: رفع الخطأ و النسیان ومالا یعلمون و... و در تمام این فرازها منظور رفع مؤاخذه و عقاب است نه مطلق آثار تکلیفی و وضعی، و گرنه در مورد جهل اگر کسی جهلاً شرب خمر کرد که اثر وضعیِ آن یعنی مسکر بودن از بین نمی رود، فقط عقوبت مرتفع می شود و... و چون رفَع ما اکرهوا علیه در سیاق این فرازها است پس منظور مؤاخذه و عقاب باشد.]

و لکن قرینهٔ خارجی داریم مبنی بر اینکه: مراد رفع کلیه آثار و إحکامِ الزام است [اعمّ از عقوبت اخروی که اثر تکلیفی است ویا آثار وضعی] و در نتیجه می گوئیم: به حکم رفع ما اکرهوا علیه معاملهٔ مکره صحیح و مؤثر نیست و صحّت که حکم وضعی است از آن مرتفع شده، پس باید مکره نباشد تا معامله اش صحیح باشد.

سئوال: آن شاهد خارجی چیست؟

جواب: روایت صحیحهٔ بزنطی است: از امام عليه السلام می پرسد: مردی مکره می شود که چنین قسم بخورد: واللّه یا باللّه یا تاللّه اگر فلان کار را کردم همهٔ همسرانم مطلقّه باشند، همهٔ غلامان و کنیزانِ من آزاد باشند و همهٔ اموالم در راه خدا صدقه باشد، او هم در اثر ترس از جان و مَال و آبرو چنین قسمی می خورد، آیا این قسم ارزش دارد و اگر به قسم پایبند نشد و فلان کار را انجام داد این آثار مترتب می شود؟ یعنی زن طلاق می شود؟ بنده آزاد می شود؟ اموال صدقه

---

(۱) وسائل الشیعه، ج۵، ص۳۴۵، باب۳۰، حدیث۲.

می شود؟

امام علیه السلام فرمود: خیر این قسم ارزش ندارد و مخالفت با آن موجب ترتیب آثار مذکور نمی شود، سپس استدلال کرد به کلام رسول خدا صلی الله علیه و آله که فرموده: وُضِعَ یا رُفِعَ عن امّتی ما اکرهوا علیه ... و قسم مذکور اکراهی بوده پس آن آثار را ندارد.[1]

کیفیت استشهاد: در این حدیث سخن از عقاب و اثر اخروی نیست، سخن از طلاق و عتق و صدقه شدن مال است که آثار دنیوی و وضعی هستند، و معذلک در مورد اینها و برای نفی و رفع اینها به حدیث رفع استشهاد کرد پس معلوم می شود از حدیث رفع اعمّ اراده شده، پس صحت و تأثیر را از بیع اکراهی رفع می کند وهو المطلوب. البتّه در فقه اهل بیت علیهم السلام قسم مذکور ولو از روی اختیار و طیب نفس هم باشد باطل و بی ارزش است و اختصاص به فرض اکراه ندارد، ولی نفس حکم امام به بطلان یمین مذکور و سپس استشهاد به فراز مذکور دلیل بر ارادهٔ جمیع الآثار التکلیفیه و الوضعیه از حدیث رفع مراد است. و این به درد ما می خورد.

[نکته: سرّ اینکه فرمود: رفع او وضع، تسعة اشیاء او ستّة ... آنست که: در جوامع روائی مختلف نقل شده فی المثل در وسائل الشیعه ج۵ ص۳۴۵ حدیث دوّم تعبیر به وُضِعَ و تسعة دارد: وضع عن امتی تسعة اشیاء ... و در وسائل الشیعه ج۱۱ ص۲۹۵ باب۵۶ حدیث۱ فرموده: رفع عن امّتی تسعة اشیاء.

و در حدیث دوّم همان باب فرموده: رفع عن امّتی اربع خصال.

و در حدیث سوّم فرموده: وَضع عن امتی تسع خصال.

و در وسائل الشیعه ج۱۶ ص۱۷۳ باب۱۶ حدیث۳ فرموده: وضع عن هذه الامة ستّ خصال و در حدیثی فرموده: عفی عن امتی ثلاث ...].

---

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۶، ص۱۷۳ و۱۷۴، حدیث۶، باب۱۶.

۵ـ دلیل پنجم روایاتی است که می گوید: طلاق شخص مُکره باطل است[۱] و به ضمیمهٔ اینکه فرقی میان طلاق و سایر عقود و ایقاعات نیست و کسی تفصیل نداده می گوئیم: پس در سایر عقود و معاملات هم اکراه موجب بطلان است، پس شرط صحّت اختیار و طیب نفس است.

قوله: ثمّ انّه:

به عقیدهٔ ما از حیث قصد انشاء و قصد مدلول عقد میان مختار و مکره فرقی نیست، بلکه هر دو قاصدِ معنا و مدلول عقد هستند و تفاوت در طیب نفس و عدم آن است. ولی جماعتی از فقهاء منجمله شهید اول[۲] و شهید ثانی[۳] فرموده اند: شخص مکره از بعتُ گفتن فقط لفظ و عبارت آن را قصد دارد و امّا معنای آن را قصد ندارد. بلکه از برخی کلمات علاّمه ره [که پیش از شهیدین بوده] نیز این مطلب قابل استفاده است. [منظور عبارت تحریر است که خواهد آمد.]

قوله: ولیس مرادهم:

مرحوم شیخ در توجیه کلام بزرگان [جماعت مذکور] می فرمایند:

ظاهر کلام اینها مراد نیست یعنی نمی خواهند بگویند: مکره به جز تکلّم به الفاظ بیع قصد دیگری ندارد و تمام مقصد او به زبان آوردن صیغهٔ بیع است. و ابداً معنا را قصد ندارد. به دلیل اینکه: هازل قصد مدلول دارد و در مقام انشاء و به قصد انشاء تملیک هم صیغهٔ بعت را می گوید و از این جهات کمبودی ندارد، فقط جادّ نیست یعنی قصد معاوضهٔ جدّی ندارد بلکه معاوضهٔ صوری را قاصد است و دارد شوخی می کند.

---

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۵، ص۳۳۱ و۳۳۲، باب۳۷، حدیث۱ و۲ و۴.
(۲) دروس، ص۳۳۵.
(۳) شرح لمعه، ج۳، ص۲۲۶.

حال اگر هازل قاصد معنی باشد پس مکره به طریق اولی قاصد معنی است، و وجه اولویّت آنست که: مکره مضافاً به همهٔ جهاتی که در هازل ذکر شد، یک جهت بالاتری هم دارد که هازل هم نیست بلکه جادّ است، پس مکره نیز قصد معنی دارد و تمام نظرش به لفظ نیست.

قوله: والخالی:

اگر می خواهید بشناسید که چه کسی صددرصد قاصد لفظ بوده و تمام مقصد او لفظ است و هرگز معنی را قصد نکرده و ذهنش خالی از قصد معنی است؟ به شما معرفی می کنیم:

کسی که صرفاً از روی تقلید کلامی را می گوید و خودش از معنای آن آگاهی ندارد و یا دارد ولی به نیّت اینکه مثل فلانی این لفظ را بگوید، فقط قاصد لفظ است. و کسی هم که به عنوان تلقین لفظی را می گوید مثل پدر و مادری که کلمه ای را به دهان کودك می گذارند و به او تلقین می کنند که اینطوری بگونه آنطوری، باز کودك و یا مُلَقِّنْ قصد معنی ندارند و ای چه بسا جاهل به معنی است و تمام مقصد این دو گروه لفظ است.

قوله: فالمراد:

پس منظور آن جماعت از این کلام [المکره قاصد الی اللفظ غیر قاصد الی مدلوله] چیست؟ منظور اینست که: هم مختار و هم مکره در مقام انشاء بوده و به قصد انشاء صیغهٔ بیع را به زبان می آورند و هر دو انشاء تملیک می کنند و محال است که کلام انشائی باشد ولی مدلول آن که انشاء تملیک است نباشد، زیرا کلام انشائی علّت و خود انشاء تملیک معلول آن است و معلول از علّت تخلّف و انفکاك ندارد.

با این تفاوت که: انگیزه ها فرق دارد: انگیزهٔ مختار از اجراء صیغهٔ بیع یا طلاق و ... آنست که: مضمون صیغه در خارج محقّق شود یعنی حقیقتاً ملکیت و

نقل و انتقال حاصل شود و انشاء او آلت و وسیله ای برای نیل به این منظور است. ولی انگیزهٔ مکره از انشاء بیع آن نیست که مضمون صیغه یعنی نقل و انتقال و ملکیّت در خارج محقّق شود و واقعاً راضی به این کار نیست، بلکه انگیزه اش رفع اکراه و تهدید است و برای رسیدن به این هدف می گوید: بعتُ یا طلّقت و....

و بالجمله از لحاظ قصد مدلول فرقی نیست، از لحاظ طیب نفس و عدم آن فرق است که مختار آن را دارد و مکره فاقدِ آن است. پس آنها که می گویند: مکره فقط لفظ را قصد دارد منظورشان اینست که: انگیزهٔ او از این انشاء تملیک رفع اکراه است نه وقوع خارجیِ تملیک و تملّک. و قصد انشاء دواعیِ گوناگون دارد [همانند امر که به قصد انشاء بکار می رود و در طلب انشائی استعمال می شود ولی انگیزهٔ آمر از امرها مختلف است.]

قوله: وهذا الذّی:

در این قسمت حدود نه یا ده شاهد می آورند برای اینکه: مکره هم قصد انشاء و مدلول عقد را دارد و از این حیث کمبودی ندارد:

۱ـ دقّت در معنای لغوی و عرفیِ اکراه: اکراه عبارتست از: حمل الغیر علی ما یکرهه یعنی دیگری را به کاری که میل ندارد و نسبت به آن کراهت دارد وادار کردن.

حال در ما نحن فیه مکره چه چیز را کراهت دارد؟ صرف الفاظ بیع یا شراء را که لقلقهٔ زبان است؟ یا مفاد آنها را که وقوع بیع در خارج باشد؟ بلاشک نسبت به دوّمی کراهت دارد، و اکراه یعنی همین پس مکره قصد معنی دارد و بر این قصد اکراه صدق می کند و بدون آن بحثی نیست.

۲ـ دقت در برخی از فروعات بیع مکره: مثلاً یکی از فروعات اینست: بیع کسی که به حق مکره شده باشد صحیح است. حال اگر مکره اصلاً قصد مدلول

ندارد و تنها قاصد لفظ است.

باید گفت: در اینجا اصلاً بیع و انشاء و معامله ای محقق نشده تا حکم به صحت یا بطلان آن شود، پس حکم به صحت فرع بر وجود معامله است و آن فرع بر انشاء است و انشاء فرع بر قصد و عین قصد است و بدون آن انشاء و معامله ای نیست تا محکوم به صحت باشد.

۳ـ دقّت در اینکه: فقهاء اختیار و اکراه را در مقابل قصد و عدم قصد قرار داده و آن را یک شرط جداگانه آورده اند [چه اینکه خود ما چنین کردیم] حال اگر اختیار و اکراه به معنای قصد معنی داشتن یا نداشتن بود که قسیم شرط قبلی نبود بلکه مصداقی از مصادیق آن بود، و نیازی به جدا آوردن نداشت، پس معلوم می شود که اینها ربطی به قصد ندارند بلکه وجود قصد مدلول در اینها مفروغ عنه است و کلام در طیب نفس و عدم آن است.

۴ـ شخصی که مکره به انشاء بیع شده قدرت بر توریه دارد و می تواند به توسط توریه از اکراه فرار کند [یعنی بعتُ بگوید و از آن قصد دیگر بکند نه قصد انشاء بیع] حال آیا با امکان توریه حتماً باید توریه کند و حق ندارد قصد مدلول کند و اگر کرد مکره صدق نکرده و معامله صحیح است؟

مشهور فقهاء فرموده اند: خیر توریه واجب نیست و می تواند قصد انشاء نموده و جدّی انشاء بیع کند و معذلک اکراه صادق باشد و او مکره باشد، پس مکره بودن منافاتی با قصد مدلول ندارد و مکره نیز قاصد مدلول هست ولی طیب نفس ندارد.

۵ـ فقهاء فرموده اند: اگر شخصی مکره شد و برای فرار و نجات از دست ظالم انشاء بیع کرد ولی بعد از رفع اکراه راضی شد و معاملهٔ قبلی را اجازه کرد، آن معامله صحیح است.

حال اگر مکره فقط قصد لفظ داشت نه قصد معنی، پس اجازهٔ بعدی نباید

موجب صحّت شود چون اصلاً معامله و بیعی نبوده که شخص او را امضاء و اجازه کند. پس از حکم به صحّت کشف می کنیم که: قصد انشاء بوده و معامله ای شده و مقتضی موجود است و تنها مسئلهٔ کراهت باطنی مانع بود که آنهم با اظهار رضایت مفقود شد پس باید صحیح باشد.

۶ـ همانطور که قبلاً در ادلّهٔ اشتراط اختیار گفته آمد، فقهاء برای بطلان عقد مکره به اخبار باب طلاق مکره تمسّک کرده اند[۱] و آن اخبار قطعاً در مورد کسی است که از روی اکراه و تحمیل قصد طلاق کرده و انشاء طلاق نموده است نه اینکه صرفاً قصد لفظ داشته باشد. پس مکره قاصد معنی هم هست نه تنها قاصد لفظ باشد.

۷ـ روایاتی داریم مبنی بر اینکه: لا طلاق الاّ مع ارادة الطلاق[۲] کیفیت استشهاد: ظاهر تعبیر نفی جنس است یعنی بدون اراده و اختیار اصلاً طلاقی نیست، ولی منظور نفی جنس و مفهوم طلاق نیست [چون با شأن و منصب امام متناسب نیست شأن امام بیان حکم است نه بیان موضوع] بلکه منظور نفی صحت است، یعنی اگر اراده و اختیار هم نباشد طلاق هست ولی صحیح نیست، و معنای اینکه طلاق هست یعنی قصد انشاء هم هست و گرنه اصلاً طلاق نبود.

[نکته: اینکه در اوّل این شواهد گفتیم: ۹ یا ۱۰ برای اینست که: شاهد ششم و هفتم را می توان دو شاهد گرفت به بیانی که آوردیم و می توان یک شاهد گرفت و جملهٔ و انّه لا طلاق را عطف تفسیر اخبار وارده در طلاق مکره گرفت. که ظاهر عبارت همین است ولی به قول سیّد در حاشیه روایات اراده طلاق غیر از روایات طلاق مکره است و در دو باب وارد شده است[۳] و حق آن است که دو

---

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۵، باب۳۷، ص۳۳۱ و۳۳۲ روایات وارده.
(۲) وسائل الشیعه، ج۱۵، باب۱۱، ص۲۸۵ و۲۸۶، روایت۲ و۳ و۴ و۵.
(۳) حاشیه السیّد، ص۱۲۱.

شاهد باشد.]

۸ـ روایاتی که در رابطه با طلاق مدارائی وارد شده: شخصی زوجهٔ دوّمی اختیار کرده، زوجهٔ اوّل با خبر شد و شروع کرد به نشوز و عدم تمکین و ناسازگاری، زوج برای اینکه او را از این حال خارج سازد می گوید: اگر من زوجه ای دارم او را سه طلاقه کردم، ولی هدفش از این طلاق آن نیست که واقعاً زوجهٔ جدید مطلقّه شود بلکه انگیزه اش آرام کردن زوجهٔ قدیم است. باز هم قصد انشاء دارد ولی انگیزه ها فرق دارد.

[متن روایت: منصوربن یونس از امام هفتم عليه السلام:

جعلت فداك انّی تزوّجتُ امرأةًو كانت تحبّنی فتزوجّت عليها ابنة خالی وقد كان لی من المرأة ولد فرجعت الی بغداد فطلّقتها واحدة ثم راجعتها... ما اردت والله ولا اردت الاّ ان اداريهم عن نفسی وقد امتلأ قلبی من ذلك، ...[1]]

۹ـ در رابطه با صحّت و وقوع طلاق مکره اختلاف است: فقهاء امامیّه فتوی به بطلان آن داده اند، ولی عدّه ای از عامّه فتوی به صحّت داده اند: [الحنفيّة قالوا طلاق المكره يقع خلافاً للائمّة الثلاثة، فلو اكره شخص آخر علی تطليق زوجته بالضرب او السجن او اخذ المال وقع طلاقه.[2]] حال اگر قصد مدلول نبود که طلاق نبود تا آنها حکم به صحت کنند و ما حکم به بطلان کنیم، پس نزاع در طلاق مکرهی است که قصد مدلول دارد ولی طیب نفس ندارد.

۱۰ـ در کلام شهید ثانی ره[3] مکره در کنار فضولی ذکر شده و فرموده: مکره و فضولی هر دو قاصد لفظ اند. حال در بیع فضولی خواهد آمد که: فضولی

---

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۵، ص۳۳۲، باب۳۸، حدیث اوّل.
(۲) فقه المذاهب، ج۴، ص۲۸۴.
(۳) مسالک الافهام، ج۱، ص۱۷۱.

قاصد معنی هم هست و به قصد انشاء جدّی هم بعتُ یا اشتریت می گوید، ولی مالک یا مأذون نیست و الاّ اگر اصلاً قصد معنی نداشته باشد پس معامله و بیعی واقع نشده و چگونه با اجازهٔ بعدی صحیح می شود. و به قرینهٔ وحدت سیاق می گوئیم: مکره نیز چنین است یعنی قصد مدلول دارد ولی طیب نفس ندارد.

قوله: نعم:

علاّمه در تحریر(۱) و شهید ثانی در مسالک(۲) فرعی را آورده اند که موهم این معنا است که در مکره قصد معنی نیست و تنها قصد لفظ است، و آن فرع از زبان علاّمه این است:

اگر کسی بر طلاق زوجه اش مکره شد، و بدنبال اکراه با نیّت طلاق زوجه اش را طلاق داد حق اینست که طلاق صحیح است و واقع مي شود، زیرا که هیچ کسی بر قصد و نیّت درونی مکره نیست، اکراه در جسم و زبان کارگر است نه در روح و نیّت.

مرحوم صاحب جواهر خیال کرده مراد علاّمه از اینکه بر قصد اکراهی نیست، یعنی مکره همیشه قاصد لفظ است نه قاصد معنی [چون نسبت به معنی که در قلب او می گذرد که مجبور نیست.] و طبق این برداشت اعتراض کرده و فرموده: مکره هم قاصد معنی است، و در نتیجه اگر با نیّت و قصد مدلول هم طلاق داد طلاقش باطل است چون طلاق مکره است(۳).

مرحوم شیخ می فرماید: علاّمه و دیگران منظورشان این نیست که مکره قاصد لفظ است نه معنا... تا صاحب جواهر اعتراض کند، منظور آنها چیز دیگری است که مفصّلاً خواهد آمد. نتیجه: مکره نیز مدلول لفظ [انشاء تملیک و

---

(۱) تحریر الاحکام، ج۲، ص۵۱.
(۲) مسالک الافهام، ج۲، ص۳.
(۳) جواهر الکلام، ج۳۲، ص۱۵.

زوجیّت و ...]را قاصد است و از این حیث کمبود ندارد.

قوله: ثمّ انّ:

دانستیم که بیع مکره باطل است و اکراه سبب بطلان معامله می گردد.

اینک این سئوال مطرح می شود که: اکراه چیست؟

در جواب می فرمایند: از نظر لغت عرب و عرف عامّ عرب زبانها اکراه یک معنی دارد و آن اینکه: «حمل الغیر علی ما یکرهه» یعنی شخص دیگری را به کاری که کراهت دارد و برای او ناخوشایند است، وادار کند.

مثلاً زید در روز ماه مبارك رمضان میل به افطار و ابطال روزه ندارد ولی دیگری بر او تحمیل کرده و او را وادار به افطار می کند. یا مثلاً شخصی تمایل به ترك واجبی از واجبات ندارد ولی دیگری به زور و تهدید و ارعاب و تخویف او را به ترك فلان واجب وامی دارد.

یا شخصی تمایل به ارتکاب حرامی از قبیل شرب خمر و ... ندارد ولی دیگری بر او تحمیل کرده و وادار به شرب خمرش می کند.

یا مثلاً به میل خود نمی خواهد منزلش را بفروشد ولی دیگری او را به این کار مجبور می سازد. اینها اکراه نامیده می شوند.

در صدق اکراه اموری معتبر است که در این فراز به پنج امر اشاره شده:

۱ـ اکراه هنگامی صدق می کند که انسانی انسان دیگر را وادار به فلان کار نماید و این شرط اگر چه صریحاً ذکر نشده ولی از کلمهٔ حمل الغیر فهمیده می شود، به این بیان: کلمه حمل مصدر و مضاف به مفعول است و مراد از غیر شخص مکرَه است و فاعل مصدر در تقدیر است که شخص حامل و مکرِه باشد، یعنی حمل و واداشتن حامل و وادار کننده ای غیر را [شخص دیگر را] بر کاری که نمی پسندد.

متفرّع بر این شرط اگر کسی بدون اینکه از سوی دیگری تهدیدی دریافت

کرده باشد بلکه صرفاً به منظور دفع ضرورت و ضرر معامله ای را انجام می دهد [فراوان پیش می آید که برای انسان اضطراری پیش می آید و برای تأمین مایحتاج زندگی، معالجهٔ بیماری و... ناچار مالی از اموالش را می فروشد و بدین وسیله از خطر و ضرر و ضرورت جلوگیری می کند.] چنین کسی را نتوان مکرَه نامید و چنان عملی را نتوان مکرَه علیه نام گذاشت، و گرنه باید تمام یا بخش اعظم کارهائی که عقلاء عالم انجام می دهند، اکراهی بوده و این عنوان بر آنها صدق کند [زیرا که نوع کارهای عقلاء برای دفع ضرر و جلب منفعت است.

بنابر قولی، و به قول دقیقتر برای دفع ضرر است و تا ضرری متوجّه او نباشد یا احتمال ندهد اقدام نمی کند.] واحدی به این امر ملتزم نیست که تمام کارهای عقلائی کار اکراهی باشد و همهٔ عقلاء مُکْرَه باشند. پس به صرف اینکه انسان کاری را برای دفع ضرری انجام می دهد نامش اکراه نیست.

۲ـ اکراه نسبت به همگان کاری که مکره شده ایم و ظالمی ما را به آن تهدید کرده صدق می کند امّا به کار دیگری که مکره نشده ایم ولو مربوط به مورد اکراه باشد و مقدّمه انجام امر مکرهٔ علیه باشد اکراه صدق نمی کند، و این شرط از کلمهٔ ما یکرهه استفاده می شود یعنی حمل غیر بر همان چیزی که کراهت دارد نه چیز دیگر

پس مطلق دفع ضرر هم نامش اکراه نیست ولو ناشی از تهدید باشد، به عنوان مثال: شخصی مکره شده که یا باید هزار تومان بدهد و یا کشته می شود، یا تهدید شده که یا باید فلان سفر را برود و یا هزار تومان بپردازد و گرنه آبرویش ریخته می شود و... در اینجا مورد اکراه پرداخت مبلغی پول است [تعیيناً یا تخییراً] و وی پرداخت مبلغی را اختیار می کند ولی چون وجه نقد ندارد ناگزیر مالی از اموال خود را می فروشد تا مبلغ مذکور را بپردازد، در اینجا بیع مذکور برای دفع ضرر است.

[و لذا اگر قسم خورده یا تعهّد کرده یا نذر کرده بود که فلان مال رانفروشد، در فرض دفع ضرر می تواند بفروشد و کار حرامی نکرده و اینجا وفاء به نذر واجب نیست، مخالفت آن حَنْثْ و کفّاره ندارد و اینهمه به برکت لاضرر و لاضرار فی الاسلام است. ولی ما کاری به اینها نداریم.]

سخن ما اینست که بیع مذکور صحیح است زیرا وی نسبت به خود بیع مکره نشده و تنها نسبت به دفع هزار تومان مکره است، و بیع هم مقدّمهٔ پرداخت هزار تومان است ولی خود آن نیست.

۳ـ اکراه وقتی صدق می کندکه این حمل و وادار کردن همراه باتهدیدو تخویف باشد، پس اگر باخواهش والتماس طرف را وادار به کاری کردنامش اکراه نیست.

۴ـ تهدید مذکور مظنون الترتّب باشد، یعنی شخص مکرَه یقین داشته باشد که اگر عمل مورد اکراه را مخالفت کند، مکرِه و ظالم تهدیدش را عملی خواهد کرد، و یا حدّاقل ظنّ و گمان به ترتیب اثر داشته باشد [به اینکه اکراه کننده انسان قدرتمندی است و قدرت اعمال تهدید دارد، اکراه شونده هم انسان ضعیفی است، اکراه کننده هم انسانِ نفوذ ناپذیر است و هر تصمیمی گرفت حتماً باید عملی شود و ... اینها علاماتِ ظنّ است.]

[و به قول سیّد در حاشیه: خوف ترتّب هم کافی است.[1] و در فرازهای بعدی خود شیخ هم بدان تصریح کرده.] پس اگر ظن یا علم و یا لااقّل خوف از ترتیب اثر و اعمال فشار نداشت اکراه صدق نمی کند.

۵ـ تهدید به گونه ای باشد که مخالفت با آن و اعتنا نکردن به آن موجب ضرر شود خواه به حال خود مکرَه ضرر داشته باشد، یا به حال متعلّقین او که به منزلهٔ او هستند، ضرر هم ضرر جانی باشد [اگر فلان کار را نکنی کشته می شوی و ...] و یا آبروئی باشد و یا مالی، والاّ اگر تهدید مذکور هیچ ضرری به حال مکرَه

(۱) حاشیهٔ السیّد علی المکاسب، ص۱۲۲.

نداشته باشد باز اکراه صادق نیست.

قوله: فظهر من ذلك:

متفرع بر شرط اوّل است که شرح دادیم.

قوله: ولیس دفع:

متفرع بر شرط ثانی است که شرح داده شد.

قوله: فالمعیار:

قاعدهٔ کلی در اکراه آنست که: نسبت به هر کاری که فاعل آن استقلال در تصرف نداشته باشد ولو خلّی و طبعه آن را انجام ندهد و به میل باطن خویش اقدام نکند بلکه در اثر تهدید و اکراه و ارعاب اقدام کند آن کار اکراهی است. اگر چه وقتی مکره شد عقل می گوید: برای جلوگیری از ضرر جانی پرداخت هزار تومان را اختیار کن، یا در اکراه بر احد الامرین می گوید: دفع افسد به فاسد کن و آن را که ضررش کمتر است اختیار کن ولی اینها سبب نمی شود که آن کار یعنی دفع وجه مذکور از اکراهی بودن بدر آید خیر اکراهی است و نفس انسان بطور فطری و از روز اوّل خلقت و به طور جبّلی از کار تحمیلی متنفّر است ولو با فکر و اندیشه و برای پیش گیری از ضرر بزرگ آن را انجام دهد.

قوله: والحاصل:

هر کاری که فاعل فعل آن را به میل خود و با تصمیم و ارادهٔ خود انجام می دهد و استقلال در رأی و عمل دارد آن کار اختیاری است نه اکراهی ولو اضطراری باشد و ضرورت پیش آمده که بفروشد، دفع ضرر وادارش کرده ولی اکراه نیست.

و هر کاری که چنین نباشد اکراهی است و این امری است که وجدان شاهد آنست [وان شئت فقل: انّ الاکراه ان یکون ارادة فاعل الفعل مقهورة لارادة شخص آخر بحیث لایکون مستقّلاً فی ایجاده.]

قوله: ثم انّه:

در این فراز به شرط دیگری از شروط اکراه می پردازند:

مقدّمه: هنگامی که انسان به کاری مکره می شود و ستمگری او را تهدید می کند گاهی امکان تفصّی از ضرر دارد یعنی می تواند به طریقی از طرق [توریه کردن، سفر کردن، کلام دیگر گفتن و ...] از ضرری که متوجه او است و ظالم تهدیدش کرده فرار کند و شانه خالی کند. و گاهی متمکن از تفصّی نیست بلکه عاجز است و هیچ راهی برای فرار ندارد، و در فرض تمکّن هم گاهی تفصّی و فرار موجب ضرر مالی بر مکرَه نمی شود و گاهی باعث ضرر مالی است. که فرض ضرر مالی در حکم فرض عجز از تفصّی بوده و به آن فرض ملحق است.

با این مقدّمه می گوئیم: چهار سئوال در اینجا مطرح است:

۱ـ **بحث موضوعی:** آیا در صدق مفهوم اکراه عدم امکان تفصّی یا عجز از تفصّی از ضرر معتبر است یا خیر؟

۲ـ **بحث حکمی:** بر فرض عدم اعتبار عجز در معنای اکراه، و بر فرض صدق اکراه بر مطلق کار اکراهی ولو تمکّن از تفصّی داشته باشد، آیا حکم اکراه [رفع حرمت، رفع وجوب، بطلان معامله و ...] مالِ مطلق اکراه است یا مربوط به اکراه خاصّ [اکراهی که همراه با عجز از تفصّی] می باشد؟

۳ـ و در هر صورت آیا فرقی ما بین معاملات و غیرمعاملات وجود دارد یا خیر؟

۴ـ تفصّی از ضرر گاهی به طریق توریه است و گاهی به طرق دیگر، حال آیا میان اینها فرقی هست یا خیر؟

نظر مرحوم شیخ در جواب سئوال اوّل: اگر امکان و عدم امکان تفصّی را از راه توریه درنظر بگیریم باید گفت: اکراه بر عمل مورد تهدید صادق است مطلقاً

یعنی چه شخص مکرَه از توریه کردن متمکن باشد یا نباشد [توریه در لغت به معنای پوشیدن و مخفی کردن است، و در اصطلاح عبارتست از القاء کلامٍ ظاهرٍ فی معنیً وارادة خلاف ظاهره، مع اخفاء القرینة علی المراد، فکأن المتکلم واریٰ مراده عن المخاطب باظهار غیره وخیّل انه اراد ظاهر کلامه].

پس اگر با امکان توریه هم از بعثُ انشاء تملیک را قصد کرد باز اکراه صادق است و دلیل آن صدق عرفی است که عرفاً بر این شخص مکرَه صدق می کند.

جواب شیخ از سئوال دوّم: همانطور که اکراه موضوعاً اطلاق داشت هکذا حکماً هم اطلاق دارد و حکم اکراه مخصوص صورت عجز از توریه نیست.

دلیل مطلب:

حدیث رفع [رفع ما اکرهوا علیه] عمومیّت دارد و نفرموده: انْ لم یتمکّنوا من التوریة پس به عمومش صورت تمکن از توریه را نیز می گیرد.

و نیز روایات طلاق و عتق مکره اطلاق دارد و می فرماید: طلاق مکره باطل است و نفرموده: اگر متمکن از توریه نباشد.

و نیز معاقد اجماعها و شهرتهای مذکور در اوّل مسئله [مبنی بر بطلان معاملات مکره] اطلاق دارد و برگرفته از روایات مذکور است و سخن از امکان و عجز از تفصّی مطرح نیست.

حاصل حمل اینهمه اطلاقات بر خصوص صورت عجز از توریه [یا به خاطر جهل به توریه عاجز است و یا به خاطر دهشت و وحشتی که در اثر تهدید بر او عارض شده عاجز شده] خیلی بعید است چون حمل بر فرد نادر است و با اطلاقات مناسب نیست [چون غالباً تمکّن از توریه است و کم است که عجز بیاید،] پس این ادلّه به اطلاقش باقی است و فرض تمکن از توریه را هم می گیرد و عجز از آن شرط نیست.

قوله: بل غیر صحیح:

حمل اطلاقات بر صورت عجز بعید بود، ولی در بعض روایات به لحاظ خصوصیت مورد، این حمل بر فرض عجز صحیح نیست [منظور روایت عمّار یاسر است که بعداً خواهد آمد].

قوله: مع انّ:

جواب سئوال اوّل است که قبلاً معلوم شد.

قوله: وربّما یستظهر:

بطور کلّی شخصی که بر کاری اکراه و اجبار می شود [مثلاً بیع منزل یا طلاق زوجه، یا شرب خمر و ...].

گاهی راه فرار دارد و می تواند به طریقی خود را از چنگ مکرِه رهانیده و عمل مورد اکراه را انجام ندهد.

و گاهی راه فرار ندارد و تنها راه نجات از دست ظالم در اینست که به خواست او تن در داده و آن کار را انجام دهد.

و در فرض اوّل هم گاهی فرار و تخلّص از دست ظالم مستلزم تحمّل ضررهای دیگر است [مثلاً مبلغی را باید بپردازد تا رفع اکراه شود] و گاهی موجب ضرر دیگر نیست. پس سه صورت فرض شد.

۱ـ آنجا که هیچ راه فراری ندارد و صد درصد از تفصّی و نجات عاجز است، قطعاً اکراه صدق می کند و احکام اکراه مترتب می شود.

۲ـ آنجا هم که راه فرار دارد ولی باید متحمّل ضررهائی بشود، مثل آنست که راه فرار نداشته باشد یعنی باز هم اکراه صادق است و احکام آن مترتّب است.

۳ـ انّما الکلام در فرضی است که: شخصی انسان را به کاری مکره ساخته و تهدید کرده و انسان راه فرار هم دارد و می تواند بدون تحمّل ضرری از عمل مکره شانه خالی کند.

اینجا سئوال اینست که: آیا در صدق اکراه [موضوعاً] و یا لااقل در جریان احکام آن عجز از تفصّی معتبر است مطلقا و در نتیجه در مورد مذکور [امکان تفصّی و راه فرار داشتن] اکراه صدق نمی کند و یا احکام اکراه را ندارد؟ یا عجز و عدم امکانِ تفصّی معتبر نیست مطلقا و در نتیجه شخص مذکور هم مکره است و آن احکام را دارد؟ و یا نسبت به توریه عجز از تفصّی معتبر نیست و با امکان آن هم اکراه صادق است ولی نسبت به راههای فرار دیگر [مثل کلام دیگر گفتن، سفر کردن، مخفی شدن و ...] عجز از تفصّی معتبر است و با امکان فرار به این طریق اکراه صادق نیست و احکام آن هم مترتب نمی شود؟

مرحوم شیخ در این رابطه سه قدم برداشته اند:

قدم اوّل: نسبت به توریه عجز از آن معتبر نیست بلکه چه انسان از توریه کردن متمکّن باشد کما هو الغالب و چه عاجز و ناتوان باشد [دز اثر جهل و غفلت و وحشت و ...] کما هو النادر در هر صورت اگر مکره کردند و او با انشاء تملیک صیغهٔ بیع را اجراء کرد شرعاً و عرفاً مکره بوده و احکام اکراه را هم دارد. و دلیل مطلب عمومات و اطلاقاتی بود که قبلاً بیان شد.

واٴمّا نسبت به راههای فرار دیگر: آیا عجز از تفصّی از این طرق در صدق اکراه معتبر است یا باز هم عجز معتبر نیست و با تمکّن از فرار هم مکرَه نامیده می شود و اکراه صدق می کند و احکام هم پیاده می شود؟

ممکن است فقیهی از پاره ای روایات این معنی را استظهار کند که غیر توریه از راههای فرار مثل توریه است و عجز از آنها در صدق اکراه معتبر نیست، و آن بعض، روایت ابن سنان از امام صادق علیه‌السلام است، حضرت فرمود:

دربارهٔ قطع رحم قسم مشروع نیست [اگر کسی قسم بخورد که با فلانی که از منسوبین و ارحام و اقارب او است قطع رابطه کند، این قسم ارزشی ندارد و واجب الوفاء نیست.] و نیز در جبر و اکراه هم قسم حکمی ندارد، راوی پرسید:

میان جبر و اکراه چه فرق است؟ امام علیه السلام فرمود: جبر از سلطان است که به حسب عادت و غالباً راه فراری نیست و چاره ای جز تن در دادن به آن عمل مورد اجبار وجود ندارد [و در واقع سلطان از باب مثال است و منظور امام علیه السلام اینست که: جبر در اینگونه موارد اطلاق می شود.]

و اکراه از سوی زوجه، مادر، پدر و امثال اینها است که غالباً در اینگونه موارد راه فراری هست و انسان مکره می تواند به نحوی از آن عمل سرباز زند و اگر مخالفت کرد ضرری متوجّه او نمی شود. [باز از باب مثال است.] حال با اینکه در موارد مذکور امکان تفصّی به غیر توریه هم وجود دارد معذلک بر آن عمل اکراهی بودن اطلاق شده، پس در صدق اکراه عجز از تفصّی به غیر توریه معتبر نیست، با امکان آنهم اکراه شرعاً صدق می کند.

پس اگر زوجهٔ جدیدش را با اصرار و اجبار زوجهٔ قدیم طلاقِ مداراتی داد، بر این طلاق عنوان طلاق المکره صادق است و چنین طلاقی باطل خواهد بود، و هکذا در اجبار و اکراه پدر و مادر.

در پایان هم امام علیه السلام فرمود: ولیس ذلک بشیئ یعنی چنین قسمهائی وجودش کالعدم است نه وجوب وفاء می آورد و نه مخالفتِ آن سبب حنث قسم و باعث کفّاره می گردد.[۱]

قوله: ویؤیّده:

مرحوم شیخ در تأیید استظهار مذکور از بعض روایات، مطلبی را به عنوان مؤیّد اضافه می کنند و آن اینکه: مناط باب توریه با بابِ غیرتوریه [که همهٔ اینها راههای فرار از اکراه هستند یکی است، و اگر تمکّن از تفصّی به غیرتوریه از راههای دیگر مثل سفر و ... موجب شود که فاعل مذکور مکره نباشد و فعل کذائی اکراهی نباشد، پس باید تمکّن از تفصّی به طریق توریه نیز سبب خروج آن

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۶، ص۱۷۲، باب۱۶ ـ روایات اوّل.

فعل از اکراهی بودن گردد، و اگر عجز از تفصّی از راههای دیگر در صدق اکراه دخیل باشد و بدون عجز اکراه صدق نکند، پس باید عدم امکان توریه نیز در صدق اکراه دخالت داشته باشد و بدون آن اکراه صادق نباشد، زیرا بنابر اعتبار عجز مناط در صدق اکراه و عدم اکراه در هر دو مورد یکی خواهد بود و آن اینکه:

اگر تخلّص و خلاصی یافتن از چنگ ظالم منحصر شده در انجام عمل مورد اکراه و راه دیگری وجود ندارد پس فرقی میان توریه و غیره نیست، تا هر کدام میسور باشند انحصاری نیست پس اکراهی نیست. و اگر منحصر در آن نیست و به مجرّد تهدید و اجبار اکراه می آید، باز فرقی میان توریه و غیره نیست و در هر صورت اکراه می آید چه تخلّص به سبب فعلی از افعال باشد [سفر و فرار و مخفی شدن و ...] و چه به سبب کلام دیگری باشد [او مکره به تملیک کرده ولی شخص می گوید: ابحتُ لک التصرّف و ...].

و چه به نفس همین کلام مورد اکراه باشد ولی به قصد معنای دیگر که توریه در کلام همین است [مثلاً بعتُ را به قصد انشاء طلاق نگوید، به قصد رفع اکراه به قصد درست کردن لفظ، به قصد اخبار و ... بگوید]

نتیجه: از لحاظ مناطی که برای صدق و عدم صدق اکراه ذکر شد، فرقی میان توریه و غیره نیست.

و چون در توریه به حکم اطلاقات و عمومات، عجز از آن معتبر نشد و بدون عجز هم اکراه صدق کرد، هکذا در غیر توریه هم عجز از آنها معتبر نیست، ومع التمکّن هم اکراه صدق می کند.

قوله: ودعوی:

اگر کسی مدّعی شود که: از لحاظ قاعده و قانون مطلب همین است که: در صدق اکراه عجز از توریه و غیره معتبر باشد و فرقی میان اینها نباشد، ولکن حساب توریه از نظر روایات جدا شده و به حکم نصوص با تمکن از توریه نیز

اکراه صدق می کند، و این یک حکم و دستور تعبّدی است که مخصوص باب توریه است و قانونی و مناطی نیست تا ابواب دیگر را هم شامل شود.

مرحوم شیخ در جواب می فرماید: وهو کما تری: یعنی ادّعای مذکور ناتمام است زیرا در توریه خصوصیّتی نیست تا موضوعیّت یافته و حکم تعبّدی پیدا کند، توریه هم به عنوان یکی از راههای فرار مطرح است ولاغیر، پس باز هم فرقی میان آندو نیست و حکم هر دو یکی است. و در سایر طرق تفصّی هم امکان یا عجز از آنها در صدق اکراه معتبر نیست.

قوله: لکن الانصاف:

قدم دوّم: اگرچه در قدم اوّل شواهدی بر عدم اعتبار و اشتراط عجز از تفصّی به غیر توریه در صدق اکراه آوردیم، ولی انصاف اینست که: در غیر توریه از راههای دیگر تا انسان از یکی از آن طرق متمکن باشد اکراه صدق نمی کند، و تنها در فرض عجز از تفصّی از همهٔ راههای دیگر اکراه صادق است و احکام آن مترتب می شود.

قوله: لانّه یعتبر:

یعنی سرّ مطلب آنست که: اکراه در صورتی است که داعی و انگیزهٔ انسان بر عمل عبارت باشد از خوف ضرری که ظالمی انسان را بدان تهدید کرده که اگر آن را انجام ندهی کشته می شوی، آبرویت می رود و ... و خلاصه اینکه: ضرر مورد تهدید بر ترك خصوص فعل اکراهی مترتب شود، و این در فرض عجز از تفصّی به طرق دیگر معقول است.

امّا کسی که قدرت بر تفصّی دارد و می تواند با سفر و غیره خود را از چنگ ظالم نجات دهد اگر سفر نکرد و کار اکراهی را هم انجام نداد، در اینجا نمی گویند: ضرری که متوجه او شد بر ترك فعل اکراهی بود، بلکه می گویند: ضرر به خاطر ترك فعل اکراهی و ترك تفصّی و سفر هر دو به او متوجّه شد، و

اینجاها دفع ضرر کردن از خویشتن منحصر به اتیان فعل اکراهی نیست بلکه به یکی از دو طریق قابل دفع است: یا فعل اکراهی را انجام دهد، و یا تفصّی و فرار را اختیار کند، و نسبت به هر دو مجبور و مکره نیست، بلکه مختار است و به اختیار خود سفر نمی رود و برای دفع ضرر فعل اکراهی را انجام می دهد و این را اکراه نگویند و قبلاً هم اشاره شد که انجام هر فعلی برای دفع ضرر که اکراه نام ندارد، پس اگر سفر نرفت و بیع دار را اختیار کرد بیع او اکراهی نیست و صحیح خواهد بود.

قوله: ولیس التفصّی:

اکراه گاهی تعیینی است یعنی ظالم انسان را بر کار معیّنی مکره می سازد.

مثلاً می گوید: باید این زمین مرغوب را به من بفروشی وگرنه نابودت می کنم و ...

و گاهی تخییری است یعنی بر یکی از دو یا چند کار مکره می سازد مثلاً می گوید: یا باید این زمین را به من بفروشی و یا باید یک میلیون تومان وجه نقد بپردازی، وگرنه کشته می شوی و ... .

حال از نظر فقهاء و عرف هر دو اکراه است چه بر عمل معیّنی و چه بر احد الامرین.

با این مقدّمه، گویا کسی می گوید: چه مانعی دارد که در مانحن فیه تفصّی از ضرر و مسافرت کردن را یک فرد کار اکراهی دانسته و بگوئیم: اینجاها شخص بر احد الامرین مکره است: یا سفر و یا بیع دار، و در نتیجه اکراه صادق است و مسلوب نیست؟

مرحوم شیخ می فرماید: قیاس مع الفارق است و سفر در مانحن فیه مثل اکراه تخییری نیست، که سفر نه معیّناً اکراهی نیست و نه مخیّراً اکراهی است بلکه مسقط اکراه است و موضوع آن را برمی دارد نه عدْل و بدل کار اکراهی و لذا

احکام مکرهٌ علیه بر فعل سفر که فعل متفصّی به است و تفصّی به او حاصل می شود، بار نمی شود بالاجماع.

و در نتیجه اگر فعل مذکور عقدی از عقود باشد باطل نیست. [مثلاً ظالمی انسان را مکره می سازد که خانه ات را به من بفروش، و انسان برای دفع ضرر ظالم خانه اش را به یک ظالم و قدرتمند دیگری می فروشد، اینجا نسبت به این بیع دوّم که مکره نیست بلکه راه فراری از اکراه ظالم اوّلی است و لذا بیع او صحیح است.]

نتیجه: اگر راه فرار داشت و از آن استفاده نکرد و فعل اکراهی را انجام داد این فعل صحیح است و آثار بر آن مترتّب است و اکراهی هم نباید نامیده شود.

قوله: وماذكرنا:

البته مطالب مذکور [در ولکن الانصاف تا به حال] طابق النعل بالنعل وحذو القُذّة بالقذّه و مو به مو در مورد توریه نیز جاری است و علی القاعده باید گفت: با تمکّن از توریه هم اکراهی نیست به همان بیانِ مفصّل.

ولکن حساب توریه از نظر روایات جداً است یعنی دلیل خاص داریم که: عجز از آن مطرح نیست و با تمکّن از آنهم اکراه صدق می کند و در نتیجه این یک حکم تعبّدی خواهد بود. [و این همان است که جناب شیخ قبلاً در ردّ ادّعای بعض قبول نکردند و فرمودند: وهو كما ترى ولی در این فراز همان مطلب را تسلیم شده اند.]

و آن روایات خاصه عبارتست از عمومات و اطلاقات نصوص [حدیث رفع و اخبار طلاق و عتق مکره و ... که قبلاً اشاره شد] و فتاوای فقهاء و نیز معاقد اجماعات و شهرتها که به اطلاق و عمومشان صورت امکان توریه را هم می گیرند، و حمل اینهمه اطلاقات بر صورت عجز از توریهِ حمل بر فرد نادر بود که با مقام امام عليه السلام تناسبی ندارد و حمل مذکور بعید است.

قوله: مع انّ:

مضافاً به اینکه: روایات فراوانی در رابطه با قسم دروغ وارد شده مبنی بر اینکه اگر خوف و اکراه آمد قسم دروغ هم جایز است و این روایات با اینکه خیلی زیاد است ابداً اشاره‌ای به این مطلب نکرده که اگر عاجز از توریه بودی قسم دروغ بخور وگرنه حق نداری قسم کذب بجا آوری و حتماً باید توریه کنی، معلوم می‌شود توریه دخالتی ندارد و واجب نیست وگرنه بیان می‌کرد.(۱)

قوله: خصوصاً:

روشنترین شاهد بر عدم اعتبار عجز از توریه روایتی است که در مورد عمّار یاسر وارد شده، قضیّه از این قرار است که: مشرکین و بت پرستان قریش جناب عمّار و پدرش یاسر و مادرش سمیّه (رضوان الله علیهم) را مجبور کردند که مرتد شده و از دین اسلام خارج شوند پدر و مادر عمّار از این کار امتناع کردند و حاضر نشدند حتّی زباناً ارتداد کنند، و لذا با وضع فجیعی کشته شدند و آندو نخستین شهیدان راه اسلام‌اند، ولی جناب عمّار با همهٔ کراهت و ناراحتی درونی که داشت در ظاهر و به زبان خواست مشرکین را برآورد و سخنانی گفت که ظاهرش ارتداد و اظهار تبرّی از رسول خدا ﷺ بود.

بعضی ها عرضه داشتند: یا رسول الله ﷺ عمّار کافر شده و از دین خارج شد.

رسول خدا ﷺ فرمود: هرگز! بدرستیکه عمّار سر تا پا مالامال و لبریز از ایمان است و ایمان با گوشت و خون او آمیخته شده.

در این بین عمّار با چشمی گریان بر رسول خدا ﷺ وارد شد، و در شأن او این آیه نازل گردید: ﴿من کفر بالله بعد ایمانه الاّ من اکره وقلبه مطمئن بالایمان﴾(۲)

---

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۶، ص۱۷۲، به بعد باب۱۶، روایات.

(۲) سورهٔ نحل آیهٔ ۱۰۶.

رسول خدا با دستهای مبارك خویش اشک از چشمان عمّار یاسر پاك نموده و فرمودند: عمّار تو را چه شده [چرا گریانی؟ نگران نباش] اگر مشرکین دوباره تو را به ارتداد مکره ساختند باز هم تو می توانی در ظاهر و زبان آن اقوال را بگوئی و مانعی ندارد.[۱]

قوله: ولم ینبّهه:

کیفیت استشهاد: رسول خدا ﷺ به عمّار نفرمود: که چرا توریه نکردی، یا اگر مجدّداً به سر وقت تو آمدند، توریه بنما، البته تنبیه بر توریه در امثال مقام و مورد حدیث واجب نیست. [زیرا شبهه موضوعیّه است و عمّار غافل از توریه بوده و تنبیه غافل و ارشاد جاهل در موضوعات واجب نیست. نه اینکه شبههٔ حکمیه باشد، زیرا از شخصی مثل عمّار بعید است که جاهل به حکم مسئله باشد.] ولی در رجحان و استحباب آن تردیدی نیست به ویژه از شخص پیامبر ﷺ که پدر امّت است و شفقت و رأفت بر امّت دارد، و مخصوصاً نسبت به عمّار یاسر که صد درصد با اکراه و ناراحتی الفاظ کفرآمیز را به زبان جاری کرد.

ولی با همهٔ اینها رسول ﷺ تنبیه بر توریه نکردند، این بدان معنی است که توریه واجب نیست، و با امکان توریه هم انسان مکره است و صدق اکراه می کند و احکام اکراه هم مترتّب است. پس توریه به دلیل شرعی و تعبّداً خارج شده و عجز از آن در صدق اکراه معتبر نیست.

قدم سوّم:

قوله: ولکن الاولی:

در قدم دوّم فرمودند: در صدق اکراه عجز از تفصّی معتبر است مطلقاً [چه نسبت به توریه و چه راههای دیگر] و تا انسان مکره صد درصد عاجز نباشد مکره

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۱، ص۴۷۶، باب۲۹ ـ حدیث.

نیست، منتها از لحاظ حکمی فرق گذاشته و فرمودند: با امکان تفصّی به طرق دیگر اگر کسی تفصّی نکرد حکم اکراه هم در آن جاری نیست، ولی با امکان تفصّی به سبب توریه، اگر کسی تفصّی نکرد و توریه ننمود و به قصد انشاء طلاق یا بیع و ... صیغه را جاری کرد احکام اکراه مترتّب می شود یعنی چنین طلاقی صحیح نیست و ... .

ولی در قدم سوّم می فرمایند: حقّ اینست که: از حیث اصل موضوع میان آندو فرق گذاشته و بگوئیم: با امکان تفصّی به طرق دیگر نه موضوعاً اکراه صادق است و نه حکماً احکام آن مترتب است. ولی با امکان تفصّی به توریه نه تنها احکام اکراه مترتب می شود بلکه موضوعاً هم اکراه صدق می کند، و دلیل این فرق گذاری آنست که:

همهٔ فقهاء شیعه به پیروی از شیخ طوسی ره در مبسوط[1] فرموده اند: از شروط مسلّم اکراه [که صدق اکراه دائر مدار آن است] اینست که: مکرَه یقین بداند و یا حدّاقلّ گمان داشته باشد که: «لو امتنع ممّا أُکره علیه لوقع فیما تُوَعّد علیه» یعنی علم یا ظنّ به این قضیّهٔ شرطیه داشته باشد، ملازمه بین مقدم و تالی را بداند یا گمان ببرد و مطمئن باشد که اگر امتناع کند و مخالفت نماید و مکرهٌ علیه را انجام ندهد حتماً در آن ضرر مورد تهدید واقع خواهد شد و حتماً ظالم و مکرِه فلان ضرر جانی یا مالی یا آبروئی را به وی وارد خواهد کرد. صدق اکراه دائر مدار علم یا ظن به این ملازمه است.

و امتناع یا مخالفت دو گونه است:

۱ـ امتناع واقعی: در واقع مکرَه با دستور مکرِه مخالفت کرده و از آن سرپیچی کرده ولی شخص مکرِه از آن باخبر نشده و اطلاع و التفات ندارد و چنین می پندارد که مخالفتی نشده [مثلاً مکره شد به شرب خمر و جام شراب را گرفت

(۱) مبسوط، ج۵، ص۵۱.

و چنین وانمود کرد که می خورد ولی از کنار لبهایش به روی جامه ها یا زمین بریزد، یا آهسته در چاه بریزد، یا مکره شده که مظلومی را بزند، در تاریکی تازیانه را به دیوار بزند و به مظلوم بگوید: به دروغ اظهار جزع و فزع بکن و ... و ظالم بپندارد که واقعاً دستورش عملی شد و ...].

۲ـ امتناع علمی و اعتقادی: یعنی مکرِه معتقد به امتناع و مخالفت باشد [حال در واقع هم مکرَه مخالفت کرده و او مطلع شده و اعتقادش مطابق واقع است یا در واقع مخالفت نکرده و انجام داده ولی وسوسه گران باعث شده اند که ظالم گمان کند که وی دستورش را انجام نداده].

حال ملازمهٔ مذکور میانِ امتناع و مخالفت با وقوع در ضرر مورد تهدید، مربوط به امتناع واقعی نیست زیرا ای چه بسا مکرَه در واقع مخالفت کرده و ظالم اصلاً خبردار نشده یا خیال می کند که مخالفت نکرده و ... در اینجاها که ضرری پیش نمی آید و مکرَه در ضرر واقع نمی شود.

آری میان امتناع اعتقادی و وقوع ضرر ملازمه است و می توان شرطیهٔ مذکور را به این نحو بیان کرد: لو امتنع المکرَه وعلم واعتقده المکرِه وقع فی الضرر، یا لو احرز الامتناع وقع فی الضرر ... .

آنگاه این معنی [شرطیه مذکور] با امکان توریه صادق است زیرا اگر شخص توریه کرد و واقعاً انشاء بیع نکرد و مکرِه فهمید حتماً به او آسیبی می رساند چون دسترسی دارد. پس شرط اکراه در این فرض موجود است، مشروط هم که اکراه باشد صادق است ولی با امکان تفصّی به غیرتوریه [به مسافرت و مانند آن] صادق نیست زیرا ای چه بسا شخص مکرَه امتناع بکند و مسافرت برود و به جای دوردست برود، و اگر مکرِه اطلاع از مخالفت هم پیدا کند وقوع در ضرر لازم نمی آید، زیرا دسترسی ندارد تا ضرر برساند پس با امکان فرار به این طریق شرط اکراه نیست و اکراه صدق نمی کند.

والحاصل: تلازم میان مقدم و تالی [امتناع و وقوع در ضرر] در شرطیهٔ مذکور ملاك صدق اکراه است و این تلازم در فرض امکان توریه موجود و محقّق است [به بیانی که ذکر شد] و در فرض امکان سفر و مانند آن محقّق نیست [به بیانی که ذکر شد] پس با امکان توریه اکراه صدق می کند و با امکان طرق دیگر صدق نمی کند و فرق موضوعی دارند.

قوله: فافهم:

شاید اشاره باشد به این مطلب که مرحوم آقای خوئی فرموده اند:

لم یتّضح لنا الفارق بین امکان التفصّی بالتوریة وغیرها، فکما لایتحقّق مفهوم الاکراه فی الثانی، کذلک لایتحقق فی الأوّل ایضاً[۱] و شاید اشاره باشد به اینکه مطلب مذکور کلیّت ندارد و در امکان تفصّی به غیرتوریه گاهی ملازمهٔ مذکور نیست [مثل مسافرت یا مخفی شدن].

ولی گاهی ملازمه هست مثلاً اگر به کلام دیگر تفصّی کند [مکرِه او را وادار به تملیک نمود ولی او اباحهٔ تصرّف را به زبان آورد.] باز چنین است که: لو اطّلع واحرز لوقع فی الضرر پس تفاوت موضوعی قدری مشکل شد.

[**نکته**: مرحوم شهیدی چهار وجه الفرق ذکر کرده که یکی از آنها همین وجه الفرق مرحوم شیخ است[۲]].

قوله: ثم انّ:

به طور کلّی اکراه گاهی بر حرامی از محرّمات الهی است مثلاً بر افطار در روز ماه مبارك مکره می شود، یا بر شرب خمر مکره می شود، یا بر انجام معاملهٔ حرامی مکره می شود، خلاصه اینکه بر ترك واجب یا فعل حرام مکره می شود، و گاهی بر معامله ای از معاملاتِ جایز و مشروع و مباح مکره می شود.

---

(۱) مصباح الفقاهة، ج۳، ص۳۰۵.
(۲) هدایة الطالب، ص۲۵۹.

مثلاً بر بیع دار، اجارۀ بستان، طلاق زوجه و ... مکره می شود آنچه تا به حال مطرح شد در رابطه با اکراه بر محرّمات الهیّه بود و دیدیم که: در اینها اکراه اگر بخواهد صدق کند یک شرط اساسی دارد و آن عجز از تفصّی است و مناط این اکراه آنست که: دفع ضررِ مکرِه فقط و فقط در گرو انجام عمل اکراهی و منحصر در آنست بطوری که اگر انجام ندهد حتّماً متضرّر خواهد شد و به مناط دفع ضرر مجبور به انجام است. پس تا مادامی که مجبور نشده و راه فراری دارد ارتکاب حرام جایز نیست، و اثر تکلیفی و وضعیِ آن مرفوع نیست.

و امّا در رابطه با اکراه بر معاملات: اینجا لازم نیست اکراه به حدّ الجاء و جبر برسد و مکرَه چاره‌ا به جز انجام مکرهٌ علیه نداشته باشد، بلکه ملاك اکراه در معاملات کراهت باطنی یا عدم طیب نفس است، یعنی همینکه استقلال در تصمیم گیری ندارد و به میل خود کار را انجام نمی دهد نامش اکراه است چه به سر حدّ الجاء برسد و هیچ راه فراری نداشته باشد و چه به آن مرتبه نرسیده و راه فراری وجود داشته باشد. [پس قدری دائرة اکراه اوسع شد].

سه مثال:

۱ـ اگر شخصی مکان خلوتی را یافته و می خواهد فارغ البال والقلب از همه چیز، لحظه ای به عبادت خداوند یا به مطالعات علمی بپردازد، ناگهان شخصی مثل اجل معلّق فرا رسیده و او را مکرَه ساخت که یا باید از این مکان خلوت بیرون برود و یا فلان متاعش را به مکرِه بفروشد، و آن شخص در این حالِ معیّن [که قعود در مکان خلوت دارد و نمی خواهد خارج شود.] قدرت بر دفع ضرر مکرِه ندارد.

ولی بگونه ای است که خدمت گذران او بیرون آن مکان منتظرند، و اگر برای لحظه ای وی بیرون آمده و به آنها اشاره ای کند شرّ ظالم را از سر او رفع

می کنند، امّا چنین نکرده و صیغهٔ بیع را با نهایت ناراحتی و کراهت درونی انشاء می کند، بر چنین کسی مکرَه صادق است یعنی طیب نفس ندارد و بیع او باطل است.

۲ـ اگر در همان فرض مذکور خادمین و نوکرانِ مکرَه در کنار او هستند و به مجرّد امر، ظالم را از آن مکان بیرون کرده و رفع اکراه می کنند، چنین کسی اگر امر و اشاره ننمود و صیغهٔ بیع را انشاء کرد اکراه در حق او محقّق نیست، و نمی تواند ادّعا کند که من مکره بودم و طیب نفس نداشتم و اگر چنین ادعائی بکند تکذیب می شود و عقلاء از او نمی پذیرند ولی به خلاف فرض اوّل که اگر ادّعای عدم طیب نفس کند تصدیق می شود و عقلاء از او می پذیرند، و این همه وجدانی است.

۳ـ ولی اگر در همین مثال ظالمی به آن شخص بگوید: یا از اینْ مکان برو و یا اگر می مانی باید روزه ات را افطار کنی، باید شرب خمرنمائی و ... قطعاً معذور نبوده و نمی تواند مرتکب حرام یا تاركِ واجب گردد زیرا که راه فرار دارد و مُلْجَأ نیست و می تواند آن مکان را ترك کند تاَ مرتکب حرام نشود.

قوله: وقدتقدّم:

قبلاً در روایت ابن سنان تفاوت جبر و اکراه بیان شد [جبر از سلطان است و این کنایه از عدم امکان تفصّی است. و اکراه از زوجه و امّ و ... است که مثالی است برای امکان تفصّی] و معیار در اکراه در مورد محرّمات [که حرمت و عقاب و حدّ الهی را بردارد] و مجوّز ارتکاب حرام شود، اکراه به معنای جبر است یعنی به حدّی رسیده که به هیچ وجه راه فرار ندارد و تنها راه چاره برای کشته شدن و ... ارتکاب حرام است.

اینجا حقّ ارتکاب دارد. ولی معیار در اکراهی که در معاملات مطرح است و اثر معامله در سایه آن رفع می شود [یعنی صحّت، لزوم، ملکیت و ...] اکراه

به معنائی است که در اکراه زوجه و ... وجود دارد که راه فرار دارد، خلاصه اینکه: معیار در معاملات نبود طیب نفس است نه رسیدن به حدّ جبر و الجاء و نبودن راه فرار.

قوله: وان کان:

سئوال: آیا اکراه دو معنی دارد؟ در محرّمات به معنای جبر و الجاء است و در معاملات به معنای عدم طیب نفس است؟ می فرماید: خیر اکراه یک معنی بیشتر ندارد، و متبادر از اکراه همان الجاء و نبود راه فرار است و مکره کسی است که متمکن از تفصّی نباشد.

قوله: ولذا:

در حدیث رفع دو فراز آمده: ۱ـ رفع ما اضطرّوا الیه ۲ـ رفع ما اکرهوا علیه.

و برخی در بیان فرق اضطرار و اکراه گفته اند: اضطرار آن مرتبهٔ عالیه از اکراه است که به حدّ جبر و الجاء برسد و راه فراری نباشد، ولی اکراه مرتبهٔ نازلتر است یعنی به حدّ الجاء نرسیده و راه فرار دارد.

امّا ما این فرق را قبول نکرده و می گوئیم: به حکم تبادر مذکور چه اکراه و چه اضطرار هر دو به معنای الجاء است با این تفاوت که: اضطرار مخصوص الجائی است که از فعل غیرصادر نشود و پای غیر در میان نباشد مثلاً گرسنگیِ مفرط، تشنگیِ غالب، مریضی و ... موجب ضرورت اکل میته وشرب دم وشرب خمر و ... بشود، ولی اکراه یا اعمّ از آن است و صورت الجاء به فعل غیر را هم شامل می شود و یا مخصوص فرضی است که الجاء و جبر از سوی شخص دیگر باشد.

قوله: لکن:

پس متبادر از اکراه همه جا یک معنی است ولکن عاملی که ما را وادار نمود تا اکراه در معامله را به معنای عدم طیب نفس بگیریم [که وسیعتر از اکراه

مصطلح است] آنست که: ملاك در صحت معامله قصد مدلول همراه با طیب نفس است و همینکه طیب نفس نبود معامله باطل است ولو به حدّ الجاء نرسد، و این ملاك را از راه استدلالهای قوم فهمیدیم:

مثلاً برای بطلان بیع مکره به آیهٔ تجارةً عن تراضٍ استدلال می کنند که ملاك را تراضی و رضایت طرفینی قرار داده، پس اگر تراضی نبود باطل است امکان تفصّی باشد یا نه، یا به حدیث: لایحلّ مال امرءٍ مسلم الاّ بطیب نفسه استدلال می کنند که ملاك را طیب نفس قرار داده پس اگر طیب نفس نبود تصرف در مال دیگران جایز نیست ولو راه فراری باشد. یا به عمومات لاطلاق الاّ لمن اراد ... استناد می کنند که ملاك را اراده و اختیار شخصِ مطّلق قرار داد.

پس کسی که به اختیار خود طلاق ندهد و بر او تحمیل شود طلاقش باطل است ولو راه فراری داشته باشد. و یا به خصوص روایات طلاق مداراتی استناد می کنند که باز کسی که طلاق کذائی می دهد امکان تفصی دارد و ملجأ نیست ولی طیب نفس ندارد و به صرف این، طلاق اکراهی بر آن اطلاق شده. به حکم این دلائل ما ملاك را عدم طیب نفس گرفتیم نه اکراه مصطلح.

قوله: فقد تلخّص:

اگر عنوانها را ملاحظه کنیم که دو اکراه داریم: در محرّمات و در معاملات، باید گفت میان آندو عموم و خصوص مطلق است و اکراه در معامله که به معنای عدم طیب نفس است اعمّ از اکراه بر محرّمات است که به معنای اجبار و الجاء است و مخصوص صورتی است که امکان تفصّی نباشد. ولی اگر ملاك و مناط را بگیریم مناطِ اکراه در محرّمات دفع ضرر است و مناط اکراه در معاملات عدم طیب نفس یا وجود کراهت باطنی است و میان دفع ضرر و کراهت باطنی عموم و خصوص من وجه است:

مادّه اجتماع: آنجا که مکرَه شده و کاری را انجام می دهد هم برای دفع ضرر

و هم کراهت باطنی دارد و به میل خود انجام نمی دهد.

ماده افتراق از ناحیهٔ دفع ضرر: آنجا که برای رفع نیازی از نیازهای زندگی مجبور می شود و متاعی را بفروشد ولی به اختیار خود می فروشد، در اینجا دفع ضرر هست ولی کراهت نفسانی نیست.

مادّه افتراق از ناحیه کراهت باطنی: آنجا که مثلاً طلاق مداراتی می دهد، طیب نفس ندارد و کراهت باطنی هست ولی دفع ضرر نیست زیرا طلاق هم ندهد و امتناع هم بکند ضرری متوجّه او نمی شود.

قوله: ومن هنا:

دانستیم که گاهی اکراه برحرامی از محرّمات الهی است، مثل اکراه برسرقت، غصب، ظلم، زنا، شرب خمر، افطار در روز ماه رمضان و... و گاهی برمعامله ای از معاملات است، مثل اکراه بر بیع دار، طلاق زوجه، عتق عبد و... و دانستیم که ملاك و مناط این دو اکراه متفاوت است: مناط اکراه برمحرّمات عبارت شد از دفع ضرر، یعنی مکرَه برحرام به کسی گویند که هیچ راه فراری ندارد و چاره ای ندارد جز این که برای دفع ضرر ظالم آن عمل اکراهی را انجام دهد، و گرنه متضرّر می شود.

و مناط اکراه برمعاملات عبارت شد از عدم طیب نفس یا اکراه باطنی که ای چه بسا با امکان تفصّی هم موجود می باشد.

حال می گوئیم: اکراه چه برمحرّمی از محرّمات الهی و چه برمعامله ای از معاملات سه نوع است:

۱ـ گاهی بریک عملِ معیّنِ شخصی مکره می شود مثلاً برشرب این مایع، یا بیع فلان متاع مجبور می گردد، تا به حال هرچه گفتیم راجع به همین قسم بود.

۲ـ و گاهی اکراه بریک عمل معیّنِ کلّی است مثلاً براصل افطار در ماه مبارك مکره می شود که افطار کلّی است و قابِل صدق براکل و شرب و... می باشد، یا

برکلّیِ ظلم و سرقت و... مکره می شود یا بربیع مالی از اموال مکره می شود که هدف انجام اصل یک بیع است.

۳ـ و گاهی اکراه برعمل مخیّر و غیرمعیّن است یعنی براحد الامرین او الامور مکره می شود که مبسوطاً مثالهایش خواهد آمد و عنوان احدهما هم نوعی کلّی است ولی کلّیِ انتزاعی و در هر یک از قسم دوّم و سوّم [محاسبات مرحوم شیخ روی قسم سوّم ست ولی قسم ثانی هم همین احکام را دارد.]

گاهی اثر شرعی که بااکراه می خواهد مرتفع شود، یک اثری است که برکلّی فی نفسه [یعنی قطع نظر از وجودش در ضمن این فرد خاص یا آن فرد خاص بلکه در ضمن هر فردی که باشد] مترتّب است. و گاهی اثری است که برکلّی بما هو کلی و در ضمن هرفرد مترتّب نیست بلکه برخصوص بعضِ اطراف و افرادِ کلّی مترتّب می شود نه برهمهٔ آنها.

حال فروعات و مطالبی که ذیلاً می آورند مبتنی بر همین مقدّمه ای است که آوردیم:

فرع اوّل: اگر انسانی را بر انجام یکی از دو کار حرام [مثلاً یا شرب خمر کند و یا زنا نماید و ...] مکره ساختند [فرض هم اینست که هر دو اثر شرعی دارند هم شراب حرام است و هم زنا] در اینجا حق ندارد هر دو عمل را مرتکب شود زیرا که بر هر دو با هم که مکره نیست بر یکی از آندو مکره است و ضرورتی پیش آمده والضرورات تتقدّربقدرها و تنها در ارتکاب یکی از آندو مجاز است ولی اختیار آن یکی به خودش مربوط است [البته اگر اهم و مهمّ و افسد و فاسد و اقّل الضررين واكثرهما در بين نباشد، والاّ يتعيّن الاخذ بالاقلّ ...] و هر کدام را اختیار کرده و مرتکب شود، عنوانِ اکراه بر آن صادق است زیرا اکراه در محرّمات به مناط دفع ضرر بود، و انجامِ هر یک از دو کار حرام برای دفع ضرر ظالم و مکره است، پس مکرَه است و اکراه که آمد اثر و حکم تکلیفی

برداشته می شود، رفع ما اکرهوا علیه.

فرع دوم: امّا اگر بر یکی از دو عقد مکره شد [مثلاً یا باید خانه اش را بفروشد و یا باغش را] یا بر یکی از دو ایقاع مکره شد [مثل طلاق دادن این زوجه یا آن زوجه، عتق این عبد یا آن عبد.] یا بر یکی از عقد وایقاع مکره شد [مثلاً یا زوجه ات را طلاق بده یا فلان متاع را باید به من بفروشی وگرنه کشته می شوی و ...] و بعد از اکراه با خود محاسبه کرد و یکی از آندو کار را معیّناً اختیار کرد.

در اینجا بسیاری از فقها، اشکال کرده اند که این فردی را که اختیار کرد آیا اکراهی هست و مکرهٌ علیه بر او صادق است یا نه؟ و بلکه علاّمه در قواعد[1] فتوی به صحّت داده و فرموده طلاق مذکور صحیح است. البته بعضی ها دیده اند که ظاهر کلام علاّمه واضح البطلان است و جای حکم به وقوع طلاق و حکم به عدم اکراه نیست، عرفاً اکراه صادق است.

لذا در صدد توجیه برآمده و گفته اند فتوای علاّمه مال جائی است که اکراه بر طلاق یکی از دو زن به صورت مبهم باشد یعنی همین اندازه که به صورت مبهم و مردّد بگوید: یکی از دو همسرانم مطلّقه باشند، ظالم بسنده می کند، ولی او به این مبهم اکتفا نکرد بلکه معیّناً یکی از دو زوجه را با اسم طلاق داد، و تعیین مذکور در محدودهٔ اکراه داخل نیست، لذا طلاق صحیح است.

حال ما کاری به فتوای علاّمه و توجیه آن نداریم، بلکه هدف ما از مطالب مذکور آن است که: اگر مناط اکراه در معاملات هم دفع ضرر بود باید می فرمودند: این معاملات اکراهی است چون هر کدام را که اختیار می کند برای دفع ضررِ ظالم اختیار می کند.

ولی چنین نگفتند بلکه اشکال داشتند، این دلیل آنست که: مناط اکراه در معامله عدم طیب نفس است و چون دیده اند که در ما نحن فیه نسبت به جنس و

---

(۱) قواعد الاحکام، ج۲، ص۶۰.

کلّی مکره است و نسبت به خصوص این فرد یا آن فرد با خصوصیّات فردیّه مکره نیست و با میل خود و پاره‌ای انگیزه‌های نفسانی آن را ترجیح داده و اختیار کرده است و تا حدودی طیب نفس در اختیار فرد خاص دخالت دارد لذا امر بر آنها مشکل شده که معاملهٔ مذکور اکراهی و باطل است؟ یا صحیح است؟

قوله: وان کان:

هدف ما از نقل مطالب مذکور این نیست که ما نیز مثل خیلی ها دچار اشکال هستیم یا مثل علاّمه فتوی به صحت می دهیم، خیر به نظر ما در اکراه بر یکی از دو معامله هم اگر خصوص یکی را اختیار کرد اکراه صادق است و دو دلیل هم داریم: [ولی غرض ما این بود که: مناط اکراه در معاملات غیر از مناط اکراه در محرّمات است وگرنه باید اینجا هم همه می گفتند اکراه هست.] و امّا دو دلیل:

۱ـ وجدانی: هم از نظر لغت و هم عرف عام اکراه در مانحن فیه محقّق است و هر کدام از دو معامله را که اختیار کند اکراهی است [زیرا اکراه حمل الغیر علی مایکرهه است، و منشأ اختیار هر یک از دو کار همان تهدید و حمل ظالم است.]

۲ـ برهانی: اگر مانحن فیه [اختیار خصوصیّت یک از دو معامله با اکراه بر کلّی و هر قدر جامع] اکراه نباشد پس باید گفت: در معاملات هیچ جا اکراه صدق نمی کند [و بلکه حتی در محرّمات] زیرا که شاید اصلاً اتّفاق نیفتد که مکره یک عملی را با تمام مشخصات و خصوصیات و صفات فردی ذکر کرده و انسان را به آن مکره کند، بلکه معمولاً بر یک عمل کلّی یا از دو عملی که از جهتی یا جهاتی کلّی و قابل صدق بر کثیرین باشند، امر و اکراه می کند [مثلاً می گوید: یا خانه ات را بفروش و یا زوجه ات را طلاق بده، و این از جهات عدیده کلّی است: خودش بفروشد و طلاق بدهد یا وکیلش، فوراً چنین کند یا با تأخیر، با این لفظ انشاء کند یا با لفظ دیگر که مرادف او است و ...].

و معمولاً انتخاب این خصوصیّت یا آن دیگری به اختیار خود مکرَه است، و آنکه در خارج موجود می شود یکی از افراد و خصوصیّاتِ مکرهٌ علیه است که به اختیار مکرَه واقع شده پس به صرف اختیار یکی از خَصوصیّات بگوئیم: طیب نفس آمد و وی مکره نیست، پس هیچگاه اکراه صدق نخواهد کرد، و این امر قابل التزام نیست، وگرنه کلیّه بحثهای باب معاملات مکرَه و روایات و ... لغو خواهد بود.

قوله: نعم:

خصوص این فردی که مکره اختیار می کند دو جنبه دارد:

۱ـ بما هو فردٌ خاصٌ مع ماله من الخصوصیّات: به این اعتبار آن فرد مختارٌ فیه است.

۲ـ بما هو فردٌ من الکلّی قطع نظر از خصوصیات: به این اعتبار مکرهٌ علیه است.

پس همین فرد خاص با وجود خارجیِ خاص هم از اکراه سرچشمه گرفته و هم از اختیار [اکراه بر کلّی و اختیار بر خصوصیت و جزئی] و لذا بر اصل عمل نه مستحق مدح است [اگر اکراه بر یکی از دو کار خیر باشد] و نه مستحق مذمّت [اگر بر یکی از دو کار بد باشد] آری بر خصوصیّت مستحق مدح یا ذمّ است که فرد بهتر یا بدتر را اختیار کرده. پس اختیار خصوص این فرد یا آن فرد، باعث نمی شود که اکراه صدق نکند و طیب نفس بیاید.

قوله: وتظهر الثمره:

[از اینجا به بعد مربوط به فرضی است که: اثر شرعی بر هر دو عمل مترتب نیست بلکه یکی از آندو دارای حکم شرعی است و دیگری نه] گویا کسی می پرسد: این بحث چه ثمره دارد که ما بگوئیم: اکراه بر کلی و قدر مشترک است یا بر خصوصیّت فردیّه؟ بالاخره کلّی هم به وجود فرد موجود می شود پس

فائدهٔ بحث چیست؟

در جواب می فرماید: در مواردی که اثر شرعی بر کلّی در ضمن هر فرد مترتّب شود، فرقی ندارد و اکراه می آید. ولی در مواردی که اثر شرعی بر خصوص بعض افراد و اطراف کلّی واحد الفعلین مترتب شود نه بر تمام اطراف آن اینجا ثمره پیدا می شود و موجب می شود که اکراه صدق نکند، چون بر کلّی و جنس که مکره است اثر شرعی ندارد تا با اکراه رفع شود خصوص این فرد هم که مورد اکراه نیست و اثر شرعی ندارد تا مرتفع شود. چند مثال:

فرع اوّل: اگر شخص مکره شود بر اینکه یا آب بنوشد و یا شراب، نمی تواند بگوید: من به این دو کار مکره شده ام پس در ارتکاب شراب هم مجاز هستم، خیر یکطرف اکراه که شرب ماء باشد حرمت ندارد تا با اکراه مرتفع شود و با وجود آن نسبت به شرب خمر مکره نیستیم، ولو نسبت به کلّیِ شُرْبْ مکره هستیم ولی آن که اثر ندارد، اثر شرعی مال شرب خمر است که آنهم اکراهی نیست زیرا می توانم با شرب الماء دفع ضرر کرده و شر ظالم را از خود دور کنم.

فرع دوّم: اگر کسی را مکره کنند که یا بیع صحیح انجام دهد و یا بیع فاسد، باز قدر مشترك میان صحیح و فاسد که دارای اثر نیست تا بگوئیم: با اکراه مرتفع می شود، خصوص بعض افراد یعنی بیع صحیح اثر دارد، و بعض دیگر بی اثر است. در اینجا هم اگر مکرَه معاملهٔ صحیح را انجام دهد معامله اش صحیح است و نمی تواند بگوید: من مکره بودم و طیب نفس نداشتم، خیر اگر طیب نفس نداشتی فرد فاسد را اختیار می کردی تا هم رفع اکراه شده و هم معامله ای واقع نشود.

فرع سوّم: اگر کسی را مکره کنند که یا فلان معامله را انجام دهد و یا بدهکاریِ خود را [که موعدش تمام شده و امکان پرداخت هم دارد] بپردازد، در اینجا هم قطع نظر از اکراه شرعاً بر او واجب است که قرض خود را بدهد، و

می تواند اداء دین را اختیار کند و با آن رفع اکراه کند، ولی بیع مال را اختیار می کند، باز این بیع صحیح است و او نمی تواند بگوید: من مکره بودم و بیع صحیح نیست، خیر اگر اکراهی باشد پس ایفاء دین هم نباید صحیح باشد در حالی که قطعاً صحیح است.

فرع چهارم: امّا اگر ظالمی او را مکره نمود که یا فلان معامله را باید انجام دهی و یا به ناحق هزار تومان به من بدهی وگرنه کشته می شوی.

اینجا است که هر طرف را اختیار کند اکراهی بودن صادق است پس بیع را هم که اختیار می کند برای این است که از ضرر دادنِ هزارتومان و ضرر تهدید به قتل نجات یابد وگرنه طیب نفس ندارد.

فرع پنجم: چنانکه اگر بر یکی از بیع منزل یا شرب خمر مکره شود باز بیع را اگر اختیار کرد برای آن است که از ضرر اخرویِ بدل و عدل آن یعنی شرب خمر، و از ضرر دنیویِ تهدید ظالم رها شود وگرنه طیبِ نفس ندارد و بیع باطل است.

قوله: ثم انّ:

در باب اکراه از لحاظ عمل اکراهی و شخص مکره چند فرض متصور است:

۱ـ گاهی مکرَه واحد و مکرهٌ علیه هم واحد است که نوعاً چنین است، مثلاً شخص معیّنی را مکره می کنند که فلان خانه را بفروشد. این قطعاً اکراهی و باطل است و مصداق اکمل اکراه همین است.

۲ـ و گاهی مکرَه واحد ولی مکرهٌ علیه متعدّد است آنهم به نحو جمع یعنی مجبورش می کنند که هم فلان بیع را انجام دهد و هم فلان اجاره را و هم فلان طلاق را و هم فلان عتق را و ... این نیز قطعاً اکراه است و همهٔ اینها اکراهی است و هیچکدام واقع نمی شود.

۳ـ و گاهی مکرَه واحد و مکرهٌ علیه متعدّد است امّا به نحو تخییر

ولاعلی التعیین، یعنی بر یکی از دو یا چند کار مکرهش می کنند که از ومِنْ هنا لم یتأمّل تا ثم انّ ... مثالهای همین فرض بود.

۴ـ مکرهٌ علیه واحد ولی مکرَه متعدّد و از همهٔ آنها با هم خواسته شده که فلان کار را بکنند مثلاً ظالمی زید و بکر و خالد هر سه را مجبور کرده تا فلان کار را انجام دهند. باز همه مکره اند.

۵ ـ مکرهٌ علیه واحد و مکرَه متعدّد ولی از یکی از آنها لاعلی التعیین خواسته که این کار را بکند، مثلاً گفته: یا زید یا بکر باید فلان کار را بکنند و اگر هیچکدام انجام ندادند هر دو کشته می شوند و ... فعلاً همین فرض مطرح است و می فرماید: اکراه دو یا چند نفر بر یک عمل به نحو تخییر میان آنها همانند اکراه یک نفر بر یکی از چند کار است و حکمش آنست که: هر چند نفر مکره می باشند و هر کدام انجام دهند صدق اکراه می کند، آنگاه اگر حرامی باشد عقاب ندارد و اگر معامله ای باشد صحّت ندارد.

[البته محشّین بزرگوار فرموده اند: اگر هر کدام از دو شخص علم یا گمان داشته باشد که چه او انجام بدهد یا نه، دیگری انجام خواهد داد، حق ندارد انجام دهد و اگر مرتکب شد اکراه صدق نمی کند آری اگر احتمال بدهد یا شک داشته باشد که دیگری انجام خواهد داد یا نه، او می تواند انجام دهد آنهم به منظور دفع ضرر مکرِه و ...(۱)].

قوله: واعلم:

در مواردی که مالکی و عاقدی وجود دارد چهار فرض متصوّر است:

۱ ـ هر دو مختار هستند و به طیب نفس عقد یا ایقاع و معامله را انجام می دهند. این که جای بحث نیست.

۲ـ و گاهی هر دو مکره می باشند ظالمی هم مالک را بر بیع مالش

---

(۱) حاشیهٔ سیّد ره برمکاسب، ص۱۲۳؛ وحاشیهٔ ایروانی ره، ص۱۱۱.

مکره ساخته و هم عاقد را بر انشاء عقد آن معامله مجبور کرده است [مالک و عاقد یک نفر باشند یا دو نفر] حکم این فرض تا به حال روشن شد و آن اینکه: قطعاً چنین عقد یا ایقاعی، بیع یا طلاقی اکراهی بوده و باطل است.

۳ـ و گاهی عاقد مختار است ولی مالک مکرَه است، مثل اینکه شخصی مالک را مجبور می کند که به او وکالت بدهد تا خانهٔ مالک را بفروشد و او از روی اکراه وکالت می دهد و وکیلِ زوری بیع یا طلاق و ... را انشاء می کند، حکم آنست که اصل وکالت چون اکراهی است منعقد نمی شود و عاقد وکیلِ شرعیِ مالک نمی گردد و قهراً معامله اش بدون اذنِ مالک بوده و فضولی می شود و احکام بیع فضولی را دارد که با اجازهٔ لاحق برای مالک واقع می شود.

۴ـ و گاهی امر به عکس فرض قبلی بوده یعنی مالک مختار است و عاقد مکره است، به اینکه مالکِ متاعی طلبه ای را مجبور می سازد که از طرف او انشاء بیع کرده و متاع او را بفروشد یا مالک طلاقی آقای محضردار را مجبور می سازد که به وکالت از او زوجه اش را طلاق دهد و ... این بیع یا طلاق از نظر مرحوم شیخ محکوم به صحّت است زیرا ما در صحت بیع یا طلاق در مانحن فیه دو چیز بیشتر لازم نداریم: یکی رضایت و طیب نفس که علی الفرض موجود است و مالک اصلی قطعاً راضی است و بلکه اصرار دارد و بلکه از فرض لحوق اجازه در فضولی مقامش بالاتر است زیرا در فضولی رضایت بعداً می آید و در اینجا رضای مالک سابق است. و دیگری قصد مدلول یعنی عاقد هم بیع را به قصد انشاء تملیک تلفّظ کند که علی الفرض مکره این مقدار قصد را دارد، پس کمبودی ندارد تا باطل باشد.

قوله: واحتمل:

ولی مرحوم شهید ثانی در مسالک[1] فرموده: احتمال دارد که این بیع یا

---

(۱) مسالک الافهام، ج۲، ص۴، سطر۱۹.

طلاق صحیح نباشد، به این دلیل که عاقد مکره شده و اکراه که آمد انشاء بی اثر می گردد همانگونه که اگر مجنونی را امر کنند که زوجهٔ فلانی را طلاق بدهد، او هم انشاء طلاق نماید، فائده ای نداشته و طلاق او بی اثر است.

سپس خود شهید ثانی فرموده: قیاس مکره به مجنون، مع الفارق است زیرا مجنون به کلّی مسلوب العبارة است و اصلاً مقتضی برای صحت و تأثیر در انشاء او نیست، ولی مکره که ذاتاً مسلوب العبارة نیست، او عاقل و بالغ و ... می باشد و مقتضی موجود است و بالعرض ولمانعٍ مسلوب العباره شده و آن اینکه قصد ویژه [قصد مدلول از روی طیب نفس] ندارد و این مانع است اینهم با قصد ویژهٔ آمرو مکرِه جبران می شود، زیرا مالک اصلی که مختار و دارای طیب نفس هست همین مقدار کافی است و مختار نبودنِ مأمور و عاقد قادح نیست.

مرحوم شیخ هم این وجه الفرق را پسندیده و می فرمایند: عقد و ایقاع مذکور صحیح است.

قوله: وقال ایضاً:

شهید ثانی در مسالک[1] فرع دیگری را عنوان کرده و آن اینکه:

اگر اصل وکالت اختیاری و به طیب نفس بوده و صحیح و مشروع باشد یعنی زید به اختیار خود بکر را وکیل کرده تا زوجه اش را طلاق دهد، بکر هم به میل خود این توکیل را پذیرفته [و تفاوت این فرع با فرع قبلی در همین است که در فرع قبل اصل توکیل اجباری بود.]

حال خود موکّل یا شخص ثالثی این وکیل را مجبور می کنند که طلاق مورد وکالت را انجام دهد ولی موکّل کما کان مختار است و کسی او را مکره نکرده، آیا انشاء مذکور را از سوی وکیل صحیح است یا باطل؟ می فرماید: فیه وجهان، یعنی در مسئله دو احتمال دارای دلیل هست:

---

(۱) مسالک الافهام، ج۲، ص۴، سطر۲۰.

۱ـ آری صحیح است به این دلیل که قصد مدلول از سوی عاقد و اختیار و طیب نفس از سوی موکّل و مالک در میان است و طلاق مذکور کمبودی ندارد.

۲ـ خیر صحیح نیست، به این دلیل که عاقد مکره شده و اکراه سبب سلب عبارت است. [البته دنبال این فرع جا داشت شهید ثانی حکم به صحت می کرد، و شیخ اعظم هم تصریح به صحّت می فرمودند، چون وقتی در فرع قبلی که اصل توکیل اجباری بود فتوی به صحت دادند، در اینجا که توکیل اختیاری و صرفاً انشاء در این لحظه اجباری بود، به طریق اولی صحیح باید باشد.]

قوله: وربّما یستدلّ:

بعضی ها گفته اند: در هر دو فرعی که شهید ثانی مطرح کرد، طلاق یا بیع باطل است، به این دلیل که:

عاقد مکره است «صغری».

و حدیث رفع می گوید: رُفِعَ ما اکرهوا علیه «کبری».

پس عقد مکره مرفوع است یعنی اثری ندارد «نتیجه».

مرحوم شیخ می فرماید: به زودی خواهد آمد که اینگونه موارد مجرای حدیث رفع نیست، زیرا حدیث رفع آثاری را رفع می کند که لولا الاکراه آن آثار بار می شد، یعنی اگر مکره مختار بود و این کار را می کرد اثر تکلیفی و وضعی داشت.

حالا که مکره شد آن آثار مرتفع است، مثلاً اگر با اختیار خود روزه را افطار عمدی می کرد هم کار حرامی کرده بود و مستحق عقاب بود و هم قضاء واجب می شد و هم کفّاره داشت، حالا که کسی او را به افطار عمدی مکره ساخته این احکام و آثار مرفوع است. ولی در مانحن فیه چه اکراه باشد چه نباشد عقد و ایقاع مذکور برای خود مکره یعنی عاقد ولافظ اثری ندارد که لولا الاکراه ثابت بود و مع الاکراه مرتفع می شود، آری برای موکّل و مالک اثر دارد که علی الفرض وی

مکره نیست بلکه مختار است. پس آنکه مکره است یعنی عاقد در حق او اثری نیست تا حدیث رفع بیاید، و آنکه عقد مذکور در حق او اثر دارد یعنی مالک، مکره نیست تا این اثر نیاید فما قصد لم یقع وما وقع لم یقصد. پس اینجا جای تمسّک به حدیث رفع نیست.

قوله: وممّا یؤیّد:

یکی از شواهد و مؤیّدات مختار ما [یعنی حکم به صحت در دو فرع مذکور] عبارتست از فتوای مشهور به صحّت بیع مکره با اجازهٔ لاحق.

بیان ذلک: اگر مالک در هنگام بیع مکره بود ولی پس از بیع راضی شد و طیب نفس پیدا کرد و بیع اکراهی را امضاء کرد، مشهور فرموده اند: چنین بیعی صحیح است.

حال این فتوی شاهدی بر مدّعای ما است. وجه تأیید و استشهاد:

آیا رضای بعدی در فرض مذکور در فتوای مشهور، به خود عقد مکره و ایجاب و قبول اکراهی تعلّق می گیرد؟ یا به اثری که از آن حاصل می شود؟ قطعاً دوّمی صحیح است، زیرا که خود عقد الفاظی بیش نیست که در یک زمانی با کراهت نفس تلفظ شد و منعدم شد والشیئ لاینقلب ولایتغیّر عما وقع علیه، و امکان ندارد که عین آن مجدّداً اختیاری شود، پس رضای لاحق به اثر عقد می خورد و اثر عقد نقل و انتقال است که آنهم کما کان باقی و برقرار است.

و جا دارد که رضای مالک به او بار شود حال مانحن فیه هم چنین است که رضا و طیب نفس به خود نقل و انتقال تعلّق گرفته و بلکه به طریق اولی چنین است چون رضای مالک از اوّل وجود دارد، پس چرا صحیح نباشد؟!

قوله: نعم:

حکم به صحّت در دو فرع مذکور هیچ مشکلی ندارد مگر یک اشکال اساسی و آن اینکه: قطعاً و ضرورتاً اگر عقد بخواهد صحیح و مؤثر و قابل اعتناء باشد باید

عاقد قصد مدلول داشته باشد [در بیع قصد انشاء تملیک، در طلاق قصد انشاء فراق و ...] و از آن رهگذر که قصد و نیّت امری قلبی و باطنی است تنها از ناحیهٔ خود عاقد و متکلّم شناخته می شود.

آنگاه اگر عاقد مختار باشد و به میل و اختیار خود عقدی را انشاء کند، می توان قصد مدلول را احراز کرد یا علماً و یا به برکت اصول لفظیّهٔ عقلائیّه از قبیل: اصالة الجدّ وعدم الخطاء وعدم الغفلة وعدم الهزل و ... واصالة القصد آن را بدست آورد و رفع مشکل نمود. ولی اگر عاقد مکره باشد احراز قصد مدلول مشکل است زیرا که شاید از شدّت ناراحتی الفاظی را پشت سرهم به زبان آورد بدون اینکه اصلاً قصد معنی بکند بلکه لاغی بود و یا مورّی بود یعنی توریه کرد و از آنها قصد معنای دیگر نمود، پس عقد مکره از حیث مذکور گیر دارد.

سئوال: آیا هیچ راهی برای تصحیح آن وجود ندارد؟

جواب: دو راه قابل طرح است:

۱ ـ بگوئیم: فعلاً مفروض کلام در مواردی است که قصد مدلول محرز بوده و بدانیم که مکره قاصد مدلول هست والاّ اگر شاك باشیم از فرض بحث خارج است.

۲ـ بر فرض شک و عدم احراز بگوئیم: همانگونه که در حال اختیار و در عقد مختار از اصالة القصد استفاده کردیم، در عقد مکره نیز از این اصل عقلائی مدد گرفته و بنا را بر قصد مدلول داشتن گذاشته و حکم به صحت نمائیم.

قوله: فتأمّل:

شاید اشاره به این باشد که: اصالة القصد از اصول عقلائی است و اصول عقلائی یعنی بناهای عملیِ عقلا و بناء عملی یا سیره از آنجا که عمل می باشد مجمل است و به قدر متیقن اکتفا می شود و قدر متیقن از سیره بر این اصل افعال اختیاریه است و فعل اکراهی و عقد مکره را شامل نیست یا در آنجا چنین بنائی

محرز نیست. پس راه دوّم قابل مناقشه است و تنها راه اوّل صحیح است یعنی حکم به صحّت بر فرض آنست که: قصد مدلول محرز باشد و تنها مسئلهٔ طیب نفس در میان نباشد که آنهم چون مالک اصلی دارد کمبودی نخواهیم داشت.

قوله: فرعٌ:

اگر شخصی دیگری را مکرَه سازد که یکی از دو عبدش را به صورت مبهم ولاعلی التعیین بفروشد، در اینجا شخص مکرَه از سه فرض خارج نیست:

۱ـ طبق اکراهِ مکرِه یکی از آندو را به صورت مبهم [بعتُ احدهما] یا پس از تعیین می فروشد این فرض تا به حال حکمش روشن شد و عندنا بیع مذکور اکراهی و باطل است.

۲ـ او را بر بیع یکی از دو عبد مکره ساخته بودند ولی او در مقام عمل هر دو عبدش را فروخت.

۳ـ یا در مقام عمل به جای بیع یک عبد کامل، نصف آن را معامله کرد.

علاّمه ره در تذکره[1] فرموده: فیه اشکال، یعنی در این دو فرض مسئله دو احتمالی است:

[الف: بگوئیم: باطل است، به این دلیل که اصل اقدامش اکراهی بود.

ب: بگوئیم: صحیح است، به این دلیل که بر مجموع یا بر نصف که مکره نبود، بر احدهما مکره بود.]

مرحوم شیخ در مقام تجزیه و تحلیل این فرع می فرماید:

امّا آنجا که هر دو عبد را می فروشد، از دو حال خارج نیست:

۱ـ یا به تدریج این کار را می کند یعنی اوّل در یک معامله فلان عبد را می فروشد و سپس در معاملهٔ دیگر عبد دیگر را، حکم این صورت آنست که: همان اوّلی اکراهی و باطل است ولی دوّمی اکراهی نیست و صحیح می باشد.

---

(۱) تذکرة الفقهاء، ج۲، ص۴۶۲.

البته احتمال هم دارد که تعیین را به عهدهٔ خود مالک اصلی گذاشته و از او بپرسیم که قصدش چه بوده؟ اگر گفت: اوّلی را با طیب نفس و دوّمی را با اکراه فروختم از او می پذیریم و اگر مطابق ظاهر گفت: اوّلی اکراهی و دوّمی اختیاری بوده باز می پذیریم و حکم به بطلان اکراهی می کنیم.

۲ـ و یا هر دو را دفعةً به یکدیگر ضمیمه کرده و در یک معامله فروخت، خود این دو احتمال دارد:

۱ـ معامله نسبت به هر دو صحیح است، زیرا که وی بر بیع احدهما مکره بود نه بر بیع مجموع من حیث المجموع.

۲ـ معامله نسبت به هر دو باطل است، زیرا که بالاخره یکی از آندو قطعاً اکراهی است و چون آن یکی معیّن نیست و ترجیح بلامرجح هم باطل است، پس نتوان معیّناً حکم به صحّت یکی از آندو کرد.

مرحوم شیخ احتمال اوّل را تقویت می کنند.

قوله: ولو اکره:

امّا اگر عکس فرض مذکور پیش آمد، یعنی بر بیع عبد معیّن مکره شد ولی عبد دیگر را هم ضمیمه کرده و مجموع را یکجا به دیگری فروخت، حکم آنست که: بیع مذکور نسبت به عبد معیّن و مکرهٌ علیه اکراهی و نسبت به دیگری اختیاری و صحیح است. غایة الامر حقّ الخیار تبعّض صفقه پیش می آید.

و امّا آنجا که نصف یکی از دو عبد را می فروشد، خود دو صورت دارد:

۱ـ گاهی قصدش اینست که: فعلاً نصف عبد را می فروشم و قدم بعدی نصف دیگر را می فروشم تا امر مکرِه را امتثال کرده و شرّ او را کم کنم، چنین معامله ای اکراهی و باطل است [البته بنابر اینکه اکراه مذکور این فرض را هم شامل شود، چون ظاهرش اکراه بر بیع احدهما یعنی تمام احدهما است نه

نصف نصف ولی معمولاً به حال مکرِه فرقی ندارد که مکرَه یکجا عبدی را بفروشد یا تشقیص کند.]

۲ـ و گاهی هدفش آنست که فعلاً این نصف را بفروشد به امید اینکه مکرِه به همین مقدار بسنده کرده و دست از اکراه و اجبار و تهدیدش بردارد، باز هم بیع النصف اکراهی است زیرا طیب نفس ندارد و برای دفع ضررِ ظالم اقدام می کند.

قوله: لکن:

«استدراك از اکراهی بودنِ بیع نصف:» اگر پس از بیع نصف بایع و مشتری اختلاف کردند، مشتری می گوید: تو در بیع نصف مکره نبودی و به طیب نفس فروختی پس معامله صحیح است ولی بایع می گوید: من مکره بودم و طیب نفس نداشتم و هیچ اماره ای هم بر تعیین در میان نباشد، آیا ادّعای بایع مسموع است یا خیر؟ می فرماید: نظرٌ یعنی دو وجه در کار است:

۱ـ آری مسموع است چون طیب نفس داشتن یا نداشتن امری باطنی است ولایُعرف الاّ من قَبَلِ البایع و در امور کذائی سخن خود مدّعی مقبول است و شاهد نیازی ندارد چون معمولاً اقامهٔ شاهد ممکن نیست.

۲ـ خیر مسموع نیست چون خلاف ظاهر را ادّعا می کند، ظاهر آنست که بیع نصف با طیب نفس بوده ولی او مدّعی است که اکراهی بوده، پس قول او مقبول نیست.

قوله: بقی الکلام:

مطالب اصلی در باب اختیار و اکراه به پایان رسید، اینک قبل از ورود فروع مطلب، لازم است به وعده وفا نموده و فرعی را که قبلاً از تحریر علاّمه آورده و وعده دادیم که در آینده آن را بررسی خواهیم کرد، مورد بحث و تحلیل قرار دهیم، ابتدا عباراتی را در این باره می آوریم:

الف: علاّمه ره در تحریر[1] فرموده:

اگر شخصی مکره شد که زوجه اش را طلاق دهد، به دنبال آن با نیّت و قصد طلاق [قصد مدلول و قصد انشاء] زوجه را طلاق داد [در حالی که می توانست به صرف الفاظ اکتفا کرده و نیّت طلاق نکند] حق اینست که چنین طلاقی منعقد می شود، و میان این زوج و زوجه بینونت حاصل می شود زیرا که قصد اکراه بردار نیست. [و می توانست قاصد و ناوی و مرید نباشد، پس حال که قصد مدلول کرد معلوم می شود خودش به این امر راضی و دارای طیب نفس است، پس چرا باطل باشد].

ب: شهید ثانی ره در مسالک[2] همین فرع را عنوان کرده، به اضافهٔ این مطلب که فرموده: احتمال هم دارد که چنین طلاقی واقع نشود، زیرا نسبت به الفاظ طلاق [که منشأ اثر هستند و سبب برای بینونت می باشند] چون مکره است، این اکراه آن الفاظ را از اثر می اندازد و وجود این الفاظ کالعدم است، و مجرّد نیّت و قصد طلاق هم گرچه اختیاری است ولی منشأ اثر نیست [چنین نیست که تا انسان از زوجه اش مکدّر شد و نیّت طلاق کرد بلافاصله طلاق و فراق و بینونت حاصل شود.] پس احتمال بطلانِ طلاقِ مذکور هم می رود. [این احتمال در کلام علاّمه نبود.]

ج: از سبط شهید ثانی [مرحوم سیّد محمد صاحب مدارك الاحکام] در کتاب نهاية المرام[3] چنین نقل شده که: وی بطلان یا عدم وقوع طلاق مذکور را نه تنها به عنوان یک احتمال بلکه به عنوان یک قول [احتمالی که قائل و طرفدار هم دارد] نقل کرده است و برای این قول چنین استدلال کرده:

---

(۱) تحریر الاحکام، ج۲، ص۵۱.
(۲) مسالک الافهام، ج۲، ص۴.
(۳) نهاية المرام صاحب مدارك خطی است.

این زوج مطلّق مکره است «صغری» زیرا اگر اکراهی نبود که طلاقی هم نبود و در اصل فرع مذکور آمده بود: لو اُکره علی الطلاق فطلّق ... که طلاق دادن را با فاء تفریع بر اکراه متفرع کرد.

قوله: والاکراه یتحقق هنا ... اشاره به همین صغری است].

و هر معامله و عقد و ایقاعی که اکراهی باشد باطل است یا هر کسی که مکره بر عقد و ایقاعی شد آن عقد و ایقاع باطل است «کبری» و دلیل بطلان عموم نصّ [حدیث رفع: رُفع ما اکرهوا علیه و ...] و اجماع است.

پس عقد و ایقاع زوج مذکور باطل است. «نتیجه»

سپس سبط الشهید فرموده: مسئله صاف و خالی از اشکال نیست. [شاید وجه اشکال این باشد که: از طرفی طلاق متفرع بر اکراه است و سبب اَقْدَمْ اکراه است پس نباید صحیح باشد، و از طرفی چون با نیّت و قصد انشاء، طلاق داده و بر قصد مکره نبوده پس باید صحیح باشد.]

د: بعض الاجّلة [مرحوم فاضل هندی معروف به کاشف اللثام در کتاب کشف اللثام[1]] در ذیل فرع مذکور از علاّمه ره، فرموده: اگر شخص مکرَه یقین داشته باشد که مکرِه به صرف الفاظ بسنده می کند و معنای لفظ را نمی خواهد و وی در نیّت و قصد معنی مختار است بلاشک اکراه صدق نمی کند و اگر قصد مدلول کرد باید گفت: طلاق صحیح است.

و احتمال اکراه در فرضی است که علم و یقین به مطلب قبل نداشته باشد بلکه احتمال بدهد که مکرِه به صرف لقلقهٔ زبان قناعت نکرده و خواهان قصد معنی هم هست.

حال احتمال قوی و ظنّ به لزوم قصد داشته باشد. [از ظاهر کلام مکرِه که می گوید: طلّق زوجتک و ظاهرش اینست که طلاق واقعی را انشاء کن که در آن

(۱) کشف اللثام، ج۱، ص۱۱۶.

قصد مدلول هم هست نه طلاق صوری و لغو را، حال این ظنِّ مکرَه گاهی مطابق واقع است یعنی در واقع هم مکرِه این را اراده کرده، و گاهی مخالف واقع است و خیال می کرده که مکرِه خواهان این امر است.] و یا احتمال ضعیف و وهم و یا مجرّد شک باشد.

هـ: بعض المعاصرین[1] [صاحب جواهر قدّس سرّه] فرع مذکور را از زبان شهید ثانی در مسالک آورده و آن را مبتنی کرده بر اینکه: مکرَه اصلاً قاصدِ مدلول نیست. [یعنی از کلام علاّمه و شهید این مطلب را فهمیده که آنها می خواهند بگویند: مکرَه قاصد نیست.

سئوال: از کجای کلام آنها؟ **جواب** از اینجا که فرمودند: اذ لااکراه علی القصد، یعنی قصد اکراه بردار نیست، یعنی القاصد غیرمکرَه، عکس نقیضش آنست که: فالمکرَه غیرقاصد ...] سپس اعتراض کرده و فرموده: مکره نیز قصد مدلول دارد و با نیّت انشاء کلام را می گوید. و جازمانه فرموده: طلاق مذکور [لو اکره علی الطلاق فطلّق ناویاً ...] طلاق اکراهی بوده و باطل است و وجهی برای حکم به صحّت و وقوعِ آن نیست.

قوله: وفیه:

مرحوم شیخ در رابطه با پنج عبارت مذکور، سه بحث دارند:

۱ـ بحثی با صاحب جواهر: در اوائل مسئلهٔ اشتراط اختیار دانستیم که: احدی از فقهاء نگفته اند که مکره خالی از قصد مدلول است، و آنها که در ظاهر گفته اند: مکرَه مدلول لفظ را قاصد نیست منظورشان این شد که: عاقد چه مختار و چه مکره قصد مدلول دارد و صیغهٔ عقد یا ایقاع را در انشاء معنا و مدلول بکار می برد و مراد استعمالی یکی است با این تفاوت که دواعی و انگیزه ها فرق دارد: مختار انگیزه اش از انشاء بیع آنست که مضمون این عقد در خارج

---

(۱) جواهر الکلام، ج۳۲، ص۱۵.

واقع شود و واقعاً نقل و انتقال صورت بگیرد.

ولی مکره انگیزه اش این نیست، [مراد استعمالی با مراد واقعی یکی نیست] بلکه به داعیِ دفع شرّ مکرِه طلاق یا بیع را انشاء می کند. پس از حیث قصد مدلول تفاوتی ندارند، از حیث طیب نفس و عدمِ آن تفاوت دارند.

و شاهد مطلب هم اموری بود که در اوائل همین مسئله گذشت و در اینجا به یکی از آنها اشاره شده و آن اینکه: شهید ثانی مکره و فضولی را در حکم شریکِ هم قرار داده و فرموده: مکره و فضولی هر دو قصد لفظ دارند در حالی که فضولی قطعاً قصد مدلول دارد وگرنه با اجازۀ بعدی هم درست نمی شد، و به قرینۀ وحدت سیاق مکره نیز قصد مدلول دارد.

پس استنباط صاحب جواهر و بناگذاریِ فرع مذکور در کلام ایشان بر اینکه: مکره قصد مدلول ندارد و فقط لفظ را قاصد است، ضعیف و ناتمام است.

۲ـ بحثی با فاضل هندی: ایشان فرموده: اگر مکرَه یقین دارد که مکرِه به صرف الفاظ بسنده می کند و بیش از آن از او نمی خواهد، حق ندارد قصد معنی کند و اگر کرد قطعاً اکراه نیست.

شیخ اعظم ره می فرماید: مرجع کلام ایشان به اینست که: پس با امکان توریه، بر کسی که عارف و فَطِنْ می باشد توریه واجب است و اگر توریه نکرد عقد صحیح است.

سئوال: در کلام فاضل مذکور که سخن از توریه نبود، پس چگونه کلامش را به این باب ارجاع می دهید؟

جواب: به وحدت مناط، بیان ذلک: در کلام ایشان سخن از صرف الفاظ بدون قصد معنا آمده بود و فرمود: اگر بیش از این نمی خواهند، حق ندارد قصد معنی کند، یعنی با امکان تفصّی و راه فرار نباید قصد معنی داشته باشد و لاغی راه فرار دارد، همین مناط در توریه هم هست و با امکان توریه راه فرار دارد.

پس مُوَرّی مثل لاغی است، و از این جهت مرجع کلام وی به وجوب توریه است و فرقی ندارد. در حالی که قبلاً به حکم دلائل فراوان از عمومات و خصوصات ثابت کردیم که با امکان توریه هم توریه واجب نیست و اگر متمکّن از توریه هم بود معذلک توریه نکرد و قصد معنی نمود اکراه صدق می کند و معاملهٔ کذائی باطل است.

۳ـ تحلیلی از فرع مذکور در کلام علاّمه: اقسام و احتمالاتی که در فرع مذکور متصوّر می باشند شش صورت است: [قوله: الملحوق ... یعنی اکراه ملحوق و قبل است و طلاق با نیّت لاحق و بعد است عکس مسبوق و سابق که مسبوق یعنی امر متأخر و بعد و سابق یعنی امر متقدم و قبل.]

۱ـ قوله: امّا ان لایکون

گرچه اوّل اکراه شد و بدنبال آن طلاق داد ولی اکراه مزبور هیچ نقشی در طلاق بعدی نداشته و صد درصد طلاق از روی طیب نفس و رضایت خاطر صورت گرفته، بگونه ای که اگر از او بپرسیم: آیا چون مکره شدی طلاق دادی؟

در جواب بگوید: هرگز، اگر صرف اکراه بود خود را برای هر نوع ضرری آماده کرده بودم و حاضر بودم کشته شوم ولی زیر بار زور نروم، پس برای دفع ضرر مکرِه نیست بلکه خودم به این امر مایل هستم و به میل خود و برای مراعات مصالح خویش دست به چنین اقدامی زدم.

[حال قبل از اکراه چنین تمایلی در وی وجود داشته یا همزمان با اکراه وی طیب نفس به طلاق زوجه داشته و مکرِه بی خبر بوده و او را اکراه کرده و یا بدنبال اکراهِ مکرِه مستقلاً و بدون اینکه تحت تأثیر ظالم و خوف از اضرار او واقع شود چنین تصمیمی گرفته است.]

حکم این صورت: قطعاً چنین طلاقی صحیح است و بالاجماع منعقد می شود، و فرع مذکور در کلام علاّمه و شهید ثانی و سبط الشهید را بر این

صورت نتوان حمل کرد، [زیرا در آن فرع آمده بود: لو اُکره ... فطلّق که فاء تفریع داشت، یعنی طلاق متفرع و مترتّب و مسبَّب از اکراه باشد، در حالی که در صورت مذکور چنین نیست.] و نتوان گفت که: الاقرب در کلام علاّمه و احتمال عدم وقوعِ در کلام شهید، و بلکه قول به بطلان در کلام سبط و سپس اشکال در مسئله مربوط به این صورت است. [زیرا این صورت اجماعاً و قطعاً صحیح است نه اینکه اقوی و اقرب صحّت باشد که افعل التفضیل است و مقابل آن قوی و قریب است، و نه اینکه احتمال خلاف هم باشد، و نه اینکه قول مخالفی باشد، ابداً چنین نیست.]

قوله: لعموم النص والاجماع:

شاید دلیل فلامعنی ... باشد و شاید متعلّق به جعله قولاً باشد و شاید متعلق به استشکاله فیه باشد.

۲ـ قوله: وکذا لاینبغی:

گاهی اکراه نیز در تحقّق طلاق مذکور نقش دارد ولی عاملِ مستقلّ و علّت تامّه نیست بلکه به ضمیمهٔ طیب نفس دخیل است یعنی ۵۰ درصد اکراه او را وادار کرده و ۵۰ درصد هم عامل اختیاری و رعایت مصالحی او را وادار به طلاق کرده بگونه ای که اگر هر کدام به تنهائی بود طلاق انجام نمی شد و هر دو به ضمیمهٔ هم و مجموعاً سبب طلاق گردیده اند.

حکم این صورت: مرحوم شیخ می فرماید: باز هم جای کمترین تأمّل و تردیدی نیست در اینکه: طلاق مذکور صحیح است. [شاید به این دلیل که متبادر از ادلّهٔ رفع ما اکرهوا ... مواردی است که: تمام علّت اقدام بر معامله یا طلاق اکراه باشد، و در صورت مذکور چنین نیست پس ادلّهٔ مذکور نمی آید.

البته محشّین به مرحوم شیخ اعتراض کرده و فتوی به بطلان طلاقِ مذکور داده اند به این دلیل که: لایبعد شمول حدیث رفع الاکراه علی الطلاق فی الفرض

باعتبار انّ رفعه یناسب الامتنان، حیث انّ المفروض عدم وقوعه لولا الاکراه[۱].

ولی حق اینست که بگوئیم: از آنجا که هم اکراه و هم طیب نفس با هم و مجموعی تأثیر دارند و ادلّهٔ رفع اکراه و طیب نفس هر کدام ظهور در استقلال دارند، یعنی اکراه عاملِ مستقلّ باشد، طیب نفس علّت تامّه باشد، و در مانحن فیه استقلال نیست، پس مورد مذکور مشمول هیچکدام از دو طائفه نمی شود و در نتیجه شک در صحت و فساد آن کرده و اصالة الفساد جاری کرده و از این باب حکم به بطلان می کنیم.]

۳ـ قوله: وان کان الداعی:

و گاهی علّت تامّهٔ فعل و عاملِ مستقلّ آن اکراه است و غیر از آن و در عرض آن چیز دیگری داعی بر فعل نیست، امّا انجام طلاق نه به منظور تخلّص شخص مکرَه از ضرر مورد تهدید است، خیر از این بابت ترسی ندارد، بلکه به منظور نجات مکرِه و دفع ضرر از شخص مکرِه است و ترس از این دارد که: لولم یفعل لوقع المکرِه فی الضرر مثال: فرزندی به پدرش می گوید: باید همسرت را طلاق دهی وگرنه یا تو را به قتل می رسانم و یا خودم را.

آنگاه پدر زوجه را طلاق می گوید، نه از ترس جان خویش بلکه از ترس اینکه مبادا فرزندش اقدام به خودکشی کند، یا اقدام به قتل پدر نماید و بستگان و فامیلهای پدر هم در عوض او را به قتل برسانند. که در هر حال هدف اینست که: مکرِه به ضرر نیفتد.

٤ـ قوله: او کان الداعی:

و گاهی نه بر جان خویش ترسان است و نه خوف ضرر مالی و جانی و آبروئی بر مکرِه دارد، بلکه صرفاً انگیزه اش از انجام طلاق یک شفقت و دلسوزی دینی نسبت به دیگران است. فی المثل می بیند که زوجه اش به مرد دیگر

---

(۱) ارشاد الطالب، ج۲، ص۲۵۷.

علاقه‌مند است، یا شخصِ مکره علاقهٔ مفرط به تزویج با زوجهٔ او دارد و برای همین امر او را مکره می‌سازد، یا فرد ثالثی عشق به زوجهٔ او دارد، برای اینکه زوجه یا مکرِه یا فرد ثالث به حرام نیفتند و از راه گناه با هم جمع نشوند، زوج ایثار دینی کرده و اقدام به طلاق زوجه می‌کند تا وی مخلّی بالطبع بوده و با هر کس که مایل بود ازدواج کند.

قوله: والحکم:

حکم صورت سوّم و چهارم: می‌فرمایند: خالی از اشکال نیست، زیرا از طرفی داعیِ او بر ایجاد و انشاء طلاق اکراهِ مکرِه یا خوف از وقوع دیگری در حرام است [نه طیب نفس خودش] پس باید باطل باشد. و از طرفی اقدام مذکور به منظور دفع ضرر از خودِ مکرَه نیست بلکه برای دفع ضرر از دیگری یا برای عدم وقوع غیر در حرام چنین کاری می‌کند پس باید صحیح باشد، زیرا بر او مکره و بر این عمل اکراه صدق نمی‌کند.

۵ـ قوله: وان کان الداعی:

و گاهی صد درصد داعی و محرِّك و باعثِ مکرَه بر طلاق اکراه است، و برای حذر کردن و تخلّص و دفع ضرر از خود اقدام به طلاق می‌کند، منتهی جاهل به موضوع به نوع جهل مرکّب است یعنی گمان دارد و معتقد است که حذر و خلاص شدن از دست مکرِه فقط و فقط در گرو انشاء طلاقِ حقیقی و واقعی است و چارهٔ دیگر و راه خلاص دیگر ندارد.

و منشأ پندار مذکور هم غفلت است یعنی مکرَه غافل است از اینکه راه فرار هم دارد [می‌تواند فقط قصد لفظ کند تا لاغی باشد یا قصد معنای دیگر کند تا مورّی باشد و ...] و بدون قصد طلاق واقعی هم می‌تواند شرّ مکرِه را از خود دفع کند، ولی در سایهٔ غفلت مذکور، خیال می‌کند که راه چاره منحصر شده به اینکه طلاق حقیقی انشاء نماید.

روی این جهل مرکّبی که دارد توطین نفس کرده و خود را آماده و راضی می سازد که از خیر زوجه گذشته و برای حفظ جان خویش او را طلاق دهد، و بدنبال آمادگیِ قبلی طلاق زوجه را با قصد و نیّت طلاق انشاء می کند. این نوع از طلاق اکراهی برای عوام مردمان زیاد پیش می آید [وگرنه خواصّ در اینگونه موارد کمتر دچار غفلت شده و از توریه و غیره بی خبر می مانند ...].

۶ـ قوله: وقدیکون:

و گاهی انجام طلاق صددرصد به داعیِ اکراه و دفع ضرر از خود یا مال و آبروی خویش است و بدنبال اکراه توطین نفس کرده و خود را برای طلاق آماده می کند ولی نه به خاطر جهل به موضوع و غفلت از اینکه راه فرار دیگر هم دارد، بلکه منشأ این توطین نفس جهل به حکم است، یعنی شرعاً نمی داند که طلاق اکراهی باطل است و حدیث رفع حکم آن را برداشته و خیال می کند که صحیح است، یا در اثر اینکه در منطقه ای زندگی می کند که در آنجا پیروان ابوحنیفه هستند و آنها طلاق اکراهی را صحیح می دانند، این فرد شیعی هم خیال می کند که در فقه شیعه نیز صحیح است، در حالی که چنین نیست. آنگاه با اینکه غافل نیست و التفات دارد که راه فرار دیگر هم هست ولی خیال می کند که چه بخواهد و چه نخواهد طلاق مذکور واقع می شود، بر این اساس خود را راضی می کند به اینکه به صرف قصد لفظ اکتفا نکند بلکه قصد معنی هم بنماید. این نوع از طلاق اکراهی نیز برای عوام الناس که بی خبر از احکام الهی هستند، زیاد اتفاق می افتد.

حال حکم صورت ۵ و ۶ : شیخ اعظم می فرماید: خالی از اشکال نیست، یعنی دو وجه است:

۱ـ طلاق مذکور باطل است به این دلیل که از اکراه سرچشمه گرفته و صرفاً به جهت دفع ضرر انشاء شده.

۲ـ طلاق مذکور صحیح است بدلیل اینکه: اگرچه در آغاز اکراهی بوده ولی وی در اثر غفلت یا جهل به حکم توطین نفس کرده و خود را راضی ساخته و طیب نفس کسب کرده و درصدد طلاق واقعی برآمده پس چرا باطل باشد.

[ومرحوم علاّمه در تحریر که فرمود: لو اکره علی الطلاق فطلّق ناویاً ... به یکی از دو صورت مذکور نظر دارد، و به فتوای ایشان طلاق مذکور صحیح است.] ولی مرحوم شیخ وجه اوّل را ترجیح داده و تحقّق اکراه را تقویت می کنند [زیرا عرف اینگونه آدمی را مکره می داند] و در نتیجه فتوی به بطلان می دهند.

قوله: ثمّ المشهور:

دو فرع دیگر در رابطه با مسئلهٔ اشتراط اختیار و عدم اکراه باقی مانده:

فرع اوّل: شخص مالک در حال معامله و عقد یا ایقاع مکره بود و با کراهت نفس و عدم طیب نفس آن را انشاء کرد، حال پس از معامله و پس از رفع اکراه از دو حال خارج نیست:

۱ـ یا همچنان به معاملهٔ سابق راضی نیست و آن را ردّ می کند، قطعاً و بالاجماع باطل است.

۲ـ و یا معاملهٔ قبلی را اجازه و امضاء می کند و بدان راضی می شود و می گوید: رضیتُ یا اَجزتُ یا امضیت و ... ، سئوال اینست که آیا: اجازهٔ لاحق و رضای بعدی موجب صحّت و مؤثّر بودن معاملهٔ قبلی می گردد؟ یا وجودش کالعدم است و معامله اکراهی از اوّل باطل است؟ به بیان دیگر: آیا معامله اکراهی مطلقاً و منجّزاً باطل است و یا معلّق به اجازهٔ بعدی است که اگر بعد از رفع اکراه مالک اجازه کرد صحیح است والاّ باطل است؟

در این رابطه دو نظریّه عنوان شده:

۱ـ مشهور فقهاء متأخّر برآنند که: بیع مکره معلّق به اجازهٔ بعدی است و اگر

پس از رفع اکراه راضی شد آن بیع صحیح است والاّ فلا، پس رضای بعدی تأثیر دارد.

۲ـ و گروهی از فقهاء [بعداً نامشان ذکر خواهد شد] فرموده اند: معاملهٔ اکراهی از ریشهٔ فاسد و باطل است و اجازهٔ بعدی در تصحیح و مشروع کردنِ آن نقشی ندارد.

امّا دلائل گروه اوّل: در مجموع از عبارت مرحوم شیخ چهار بیان مستفاد است:

۱ـ شهرت فتوائیّه: مشهور متأخرین این نظر را دارند، و شهرت محصَّله است.

۲ـ اجماع منقول: برخی از فقهاء از قبیل صاحب ریاض[۱] و محدث بحرانی صاحب حدائق[۲] بر این مطلب ادّعای اجماع کرده اند.

۳ـ مقتضی برای صحت موجود است، و مانع از آن مفقود است، فیؤثر المقتضی اثره، امّا وجود مقتضی: عقد مکرَه عقدی است که صَدَرَ من اهله و وقع فی محلّه، یعنی از کسی که جامع شرائط است صادر شده، مکرَه هم عاقل است و هم بالغ و هم قاصدِ مدلول و ... او مثل صبی و مجنون نیست که کلاً مسلوب العباره باشد و ذاتاً عِبارت او مثل لاعبارت باشد، بلکه مقتضی دارد، و عقد مذکور در محلّ خود هم واقع شده یعنی بر متاعی که مالیّت و ملکیّت دارد واقع شده، پس از این حیث کمبودی ندارد.

و امّا عقد مانع: تنها مانع، کراهت نفس و عدم طیب نفس است که وی در هنگام معامله راضی نبوده، اینهم با رضای بعدی جبران شده و مانع مرتفع می شود، و در نتیجه حکم به صحت می شود.

---

(۱) ریاض المسائل، ج۱، ص۵۱۱.

(۲) حدائق، ج۱۸، ص۳۷۳.

و به عبارت دیگر: عقد مکرَه نیز عقد حقیقی است [نه عقد صوری و شکلی] زیرا که قصد مدلول دارد و به نیّت انشاء تملیک صیغهٔ بیع را به کار می برد و جدّی هم بکار می رود نه اینکه هازل باشد، پس این شرط اساسی را دارد آنگاه اگر بقیّهٔ شرائط هم مجتمع شد [که فرضاً بالغ و عاقل و ... هست و تنها طیب نفس نیست که آنهم با رضای بعدی فراهم شده] علّت تامّه می شود و بدنبال آن معلول هم که صحّت عقد باشد حاصل می گردد.

قوله: ودعوی:

قبل از بیان چهارمِ گروه اوّل، می پردازند به بیانات گروه دوّم که در مجموع هفت بیان دارند و برخی از اینها را به صورت توهّم و ادّعا و مانند آن ذکر کرده و دفع می کنند، و بعضی را مستقیماً به صورت دلیل بر قول دوّم عنوان کرده و مورد بحث قرار می دهند:

۱ـ اگر کسی مدّعی شود که: در صحت معامله نه تنها طیب نفسِ مالکِ لازم است بلکه مقارنت آن به خود معامله شرط است، یعنی معامله هنگامی صحیح و مؤثّر است که همزمان با انشاء عقد یا ایقاع طیب نفس هم باشد [و بلکه آنی قبل از معامله باشد تا یقین کنیم که از لحظهٔ آغاز عقد وجود دارد] و در عقد مکرَه این مقارنت و همزمانی نیست پس فایده ای ندارد و رضای بعدی مصحّح نیست. [در واقع طیب نفس شرط مقارن است نه شرط متأخّر].

قوله: خالیة:

مرحوم شیخ در ردّ ادّعای مذکور می فرمایند:

اوّلاً این ادّعا از هر گونه شاهد و مدرکی خالی است و ما هیچ دلیلی برلزوم تقارن عقد و طیب نفس نداریم.

و ثانیاً ادّعای مذکور به برکت اطلاقات مرفوع است، یعنی نه تنها شاهدی بر وفاق ادّعای مذکور نیست بلکه اطلاقات معاملات [احلّ الله البیع، اوفوا

بالعقود، الصلح جائزٌ و ...] شاهد برخلاف آنست و دلالت دارد که مقارنتِ طیب نفس شرط نیست وگرنه مولی در مقام بیان آن را قید می کرد.

آری از خارج و به برکت سیرهٔ عقلائیّه و اجماع و غیره یقین داریم که باید طیب نفس هم باشد ولی اینکه حتماً مقرون به عقد باشد دلیل ندارد.

[**ان قلت**: چه مانعی دارد کسی بگوید: از آنجا که غالب معاملات در خارج مقرون به طیب نفس است و از آن سرچشمه می گیرد، این غلبهٔ وجود سببِ انصراف اطلاقاتِ مذکور به این فرد باشد و صورتی را که طیب نفس بعداً ملحق می شود، شامل نشود؟

قلت: کراراً گفته آمد که غلبة الوجود سببِ انصراف نیست، بلکه کثرت استعمال سبب انصراف است، فما قصد لم یقع وما وقع لم یقصد.]

۲ـ قوله: واضعف منها:

اگر کسی مدّعی شود که: نه تنها مقارنتِ طیب نفس با عقد، شرط صحّت و تأثیر عقد است بلکه اساساً شرط صدق العقد است و در اصل مفهوم عقد دخیل است یعنی اگر مقارنتِ مذکور باشد معامله هست، بیع یا غیره هستند، و اگر مقارنت مذکور نباشد اصلاً معامله و بیعی نیست. [همانگونه که در مسئلهٔ قبلی در رابطه با اشتراط قصد مدلول این مطلب گفته آمد.]

مرحوم شیخ می فرماید: [ادّعای قبلی عرفاً و لغةً باطل نبود و شرعاً به برکت اطلاقات ابطال شد، امّا این ادّعا اوّلاً عرفاً و لغةً هم باطل است و لذا اضعف است، و وجه بطلان آنست که: در لغت بیع مبادلهٔ مالٍ بمال بود و سخن از طیب نفس نبود، در اصطلاح فقهاء هم انشاء تملیک عین بمال بود و صحبت از مقارنت طیب نفس نبود، از نظر عرفی هم بر بیع مکره، اطلاق بیع می شود. و می گویند: فلانی را مجبور کردند تا خانه اش را معامله کند و ... و ثانیاً اشکال نقضی دارد و آن اینکه:] لازمهٔ دخالت و اعتبار مقارنت طیب نفس با عقد، آنست

که: پس بیع فضولی نباید بیع حقیقی باشد و عقد او نباید عقد واقعی باشد، چون در آنجا هم طیب نفس مالک در هنگام معامله که نبوده و بعداً بدان ملحق شده [پس باید عقد صوری و بیع صوری باشد] و در نتیجه یا باید بیع فضولی را از اساس باطل بدانیم، که ما و مشهور بدان ملتزم نیستیم و یا باید آن را حکمی خلاف اصل و قاعده دانسته و به حکم اخبار و روایات خاصّه تعبّداً بدان ملتزم شویم، که این نیز قابل التزام نیست.

و سیأتی که بیع فضولی هم بیع حقیقی است و مقتضی دارد و صحّت آن با رضای بعدی قانونی است نه یک استثناء، حال هر جوابی در بیع فضولی دادید و مشکلِ عدم مقارنتِ طیب نفس با عقد را حلّ کردید، همان جواب در مانحن فیه یعنی بیع مکره نیز داده می شود.

۳ـ قوله: واضعف من الکل:

اگر کسی ادّعا کند که طیب نفس عاقد شرط صحّت و تأثیر است و عاقد بما هو عاقدٌ باید در هنگام انشاء عقد طیب نفس داشته باشد، و چون مکرَه به هنگام انشاء طیب نفس نداشته پس عقد او باطل است و با رضای بعدی هم صحیح نخواهد شد.

مرحوم شیخ می فرمایند: [این وجه نیز ضعیف است زیرا قبلاً گذشت که طیب نفس عاقد نقشی ندارد، مهمّ در معامله یکی قصد مدلول است که عاقد دارد و یکی طیب نفس است که مالک دارد و امّا علاوهٔ بر آن، عاقد هم در انشاء خود طیّبُ النفس باشد بی دلیل است، و بلکه این وجه از دو وجه قبلی اضعف است، زیرا دو وجه قبلی مقارنتِ طیب نفسِ خود مالک را مطرح می ساخت، معذلک ردّ شدند، و این وجه طیب نَفس عاقد را عنوان می کند که قطعاً مردود و بی دلیل است.] مضافاً به دو جهت مذکور ادّعای فوق لازم می دارد که قابل التزام نیست و آن اینکه:

اکراه گاهی به ناحق است وهو الغالب و گاهی به حقّ است مثل اینکه حاکم شرعی محتکر را مکره می سازد تا اجناس احتکاری را بفروشد، یا مدیون را ملزم می کند که منزل یا ماشینِ اضافی را بفروشد و قرضهایش را بدهد و ... ، حال اگر طیب نفس عاقد لازم باشد آنهم مقرون به عقد، پس باید بیوع اشخاصی که به حقّ مکرَه می شوند علی القاعده باطل باشد، زیرا اینان هم حین البیع راضی نیستند.

و در نتیجه بیع اینان صرفاً صوری و ظاهری است و تعبّداً و بدلیل خاص باید انشاء بیع کنند نه اینکه چون این بیع مؤثر است و سبب نقل و انتقال می شود، انشاء می کنند، و این لازم باطل است، زیرا اجماعی است که بیع مکرَه به حق صحیح است و ظاهر ادلّه هم آنست که صحت علی القاعده است یعنی بیع واقعی انشاء شده، نهایت امر اینست که در اکراه بناحق رضایت بعدیِ مالک شرط است ولی در اکراههای به حقّ این جهت را شارع مقدّس الغاء کرده است.

قوله: ویؤیّده:

این فراز بیان چهارم به نفع گروه اوّل است و آن را به صورت مؤیّد ذکر می کنند: به زودی خواهد آمد که بیع فضولی با اجازهٔ بعدیِ مالک صحیح است، آنگاه اگر بیع فضولیِ کذائی صحیح باشد پس بیع مکرَه بالحوق رضا به آن به طریق اولی صحیح است.

[**وجه اولویّت**: در عقد فضولی از دو جهت قصور و نقص وجود دارد: یکی از حیث اینکه: عقد به مالک مستند نیست به اجنبی و فضولی مستند است، و دیگری از حیث اینکه: حین العقد طیب نفس مالک به مضمون عقد نبوده و بعداً آمده، ولی در عقد مکرَه از یک جهت قصور هست که حین العقد طیب نفس ندارد ولی از جهت دیگر نقص نیست زیرا عاقد و مُنْشِئ خود مالک است، و این خود مزیّتی است.

حال اگر عقد فضولی با وجود دو نقطه ضعف با رضایت و اجازهٔ بعدی صحیح است، پس عقد مکرَه به طریق اولی باید صحیح باشد.

[**سئوال:** چرا این را به صورت مؤید آوردند نه دلیل؟

جواب: چون شاید باب بیع فضولی خصوصیتی داشته باشد و اخبار مربوط به آن باب باشد و قابل تعمیم نباشد. و شاید به خاطر این باشد که انشاء عقد توسّط خود مالک مزیّتی محسوب نمی شود تا اولویّت درست شود.]

قوله: ولیس انشاءً:

در بحث اجازه در بیع فضولی خواهد آمد که: آیا اجازه یک عقد جدید و مستأنف است؟ یا امضاء عقد قدیم است؟ مطلبی که تا به حال ذکر شد بر مبنای مشهور بود که اجازه عقد جدید نیست بلکه امضاء عقد قدیم است. و امّا بر فرض که آن را عقد جدید بدانیم باز می گوئیم: از این جهت مکره و فضولی مثل هم می باشند و تفاوتی ندارند، ولی مکره مزیّتی دارد که در فضولی نیست و در فراز قبلی گفته آمد.

قوله: و توهّم:

اگر کسی بگوید: قیاسِ عقد مکرَه به عقد فضولی مع الفارق است زیرا در فضولی مزیّتی هست که در مکرَه نیست و آن اینکه: در فضولی، عاقد که شخص فضولی است با طیب نفس انشاء عقد می کند و کسی او را مجبور نکرده ولی در بیع اکراهی عاقد با کراهت نفس عقد می خواند، پس نتوان گفت: عقد مکره به طریق اولی صحیح است.

مرحوم شیخ می فرماید: مزیّت مذکور امتیازی برای بیع فضولی نیست، زیرا طیب نفس عاقد نه در اصل تحقّق مفهوم عقد معتبر است [در ردّ ادّعای دوّم قبلاً ذکر شد] و نه در صحت و تأثیر آن در نقل و انتقال معتبر است؛ زیرا مؤثّر در نقل و انتقال طیب نفس مالک است نه اجنبی و عاقد بما هو عاقدٌ. پس فضولی

امتیازی ندارد ولی مکره دارای امتیاز شد و لذا به طریق اولی باید صحیح باشد.

٤ـ قوله: نعم:

بیان چهارم مبنائی است: ممکن است کسی توهّم کند که چون انسانِ مکرَه فقط الفاظ و کلمات را قصد می کند و معنای آنها را قصد ندارد، لذا در واقع معامله ای صورت نگرفته تا اجازه و رضایت بعدی در آن مؤثّر باشد و آن را ترمیم کند پس معاملهٔ اکراهی از اساس باطل است و اجازه هم نمی تواند آن را صحیح کند.

مرحوم شیخ در جواب می فرمایند: بارها در مسئله اختیار و اکراه گفته آمد که: مکره نیز قاصد معنی و مدلول هست و از این حیث فرقی با مختار ندارد و کمبودی ندارد، فقط مسئله طیب نفس کم دارد، پس مکرَه معاملهٔ حقیقی را انشاء کرده و رضایت بعدی می تواند رفع مانع کرده یا تکمیل شرط نموده و در آن مؤثّر باشد. پس دلیلی ندارد کسی بگوید: بیع مکرَه از اوّل باطل است و منوط به اجازه نیست.

قوله: فظهر:

کسانی که در تأثیر رضایت بعدی تأمّل و تردید کرده اند عبارتند از: مرحوم فاضل سبزواری در کفایة الاحکام(۱) و مرحوم محقّق اردبیلی در مجمع الفائدة(۲) و ایندو بزرگوار در تأمّل و تردید از مرحوم محقّق ثانی در جامع المقاصد(۳) پیروی نموده اند و در واقع گروه دوّم اینانند که تا به حال چهار بیان از بیانات ایندسته را نقل و نقد کردیم، اینک می گوئیم: مضافاً به بیانات قبلی سه بیان دیگر برخی از متأخرین آورده اند که مستقیماً به صورت ادلّه ذکر می شوند:

---

(۱) کفایة الاحکام، ص۸۹.
(۲) مجمع الفائدة والبرهان، ج۸، ص۱۵۶.
(۳) جامع المقاصد، ج۴، ص۶۲.

۵ـ یکی از سه دلیل اخیر عبارتست از آیهٔ تجارت، قرآن فرمود:

﴿ولاتأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الاّ ان تکون تجارةً عن تراض﴾(۱)

کیفیّت استدلال: آیه فرموده: اکل مال به باطل و تصرف و تملّک اموال یکدیگر بدون مجوّز و سبب شرعی و اسباب مملکّه حرام است مگر در صورتی که سبب اکل و تملّک تجارت از روی تراضی باشد و کلمهٔ عَنْ برای مجاوزت است، رمیتُ السهم عن القوس یعنی تیر از کمان تجاوز و عبور کرد، عن القوس ای المتجاوزة المتعدّیة العابرة عن القوس، پس باید کمانی باشد تا تیر از آن عبور کند ... .

در مانحن فیه هم تجارةً عن تراضٍ یعنی تجارت و داد وستدی که از کانال تراضی بگذرد و در خارج واقع شود، تجارت صادره از تراضی، تجارتی که از تراضیِ طرفین سرچشمه بگیرد، یعنی اوّل تراضی و بعد تجارت، یعنی تراضی سابق باشد و تجارت مسبوق باشد، و سبب مملّک چنین تجارتی است، و در بیع مکره این عنوان صادق نیست، آنجا تجارت صادره از تراضی نیست بلکه تجارت و معامله بدون تراضی بوده و تراضی بعداً ملحق می شود، که تجارت سابق و تراضی مسبوق است پس چنین معامله ای مجوّز اکل و تصرّف و تملّک نیست، پس باطل است.

۶ـ یکی دیگر از سه دلیل روایت مشهور نبوی «حدیث رفع» است که در فرازی فرموده:

رفع عن امّتی ما اکرهوا علیه، و در مانحن فیه شخص مکرَه بر اصل معامله و بیع مکرَه شده، و حدیث رفع اصل این عمل اکراهی را برمی دارد، یعنی چنین معامله ای بی اثر است و وجودش کالعدم است.

و همان طور که اگر تکویناً معامله ای نبود اثری هم نبود و رضایت لاحق

---

(۱) سورهٔ نساء آیهٔ۲۹.

معنی نداشت، هکذا تعبّداً هم که با حدیث رفع معامله رِا برداشتیم، کَاَنْ لم یکن می شود، و چیزی نمی ماند تا رضای بعدی آن را ترمیم و تصحیح و تکمیل نماید، پس معاملهٔ اکراهی از اصل باطل است.

۷ـ یکی دیگر از سه بیان که به صورت مؤیّد ذکر شده یک قیاس است:

اگر بیع مکره با رضایت لاحق صحیح باشد پس باید بیع هازل هم بالحوق رضا صحیح و مؤثر باشد واللازم باطلٌ فالملزوم مثله.

بیان ملازمه: چون در هر دو بیع هم قصد انشاء وجود دارد و در مقام انشاء هستند و هم قصد مدلول دارند، پس مثل هم می باشند، بیان ابطال لازم: اجماعی است که بیع هازل با اجازهٔ بعدی صحیح نیست. پس باید بیع مکره هم باطل باشد، و اجازه بعدی در آن بی اثر باشد.

قوله: والکلّ کما تری:

مرحوم شیخ می فرمایند هر سه بیان باطل و ناتمام است: [از بیان سوّم جوابی نمی دهند ولی جوابش روشن است که قیاس مع الفارق است زیرا در هازل صورتِ بیع و بیع صوری است نه بیع حقیقی و واقعی و لذا در واقع معامله ای نیست تا اجازهٔ بعدی سببِ امضاء آن باشد، ولی در بیع مکره حقیقتاً بیع و معامله صورت گرفته و جادّ است نه هازل و لذا قابلیّت دارد که با اجازهٔ بعدی تصحیح شود.]

امّا جواب از آیه: بطور کلّی گاه در یک معامله ای از اوّل تا آخر طیب نفس وجود ندارد، اینکه قطعاً باطل است.

و گاهی از اوّل تا آخر طیب نفس وجود دارد و تجارت صادره از تراضی است، این هم قطعاً صحیح است.

و گاهی معامله ای در آغاز اکراهی و بدون طیب نفس بوده ولی بعداً رضایت به آن ملحق شد، که مورد بحث است، حال آیهٔ تجارت چگونه بر بطلان این قسم

دلالت می کند؟ منطوقاً که دلالتی ندارد، زیرا منطوق آیه تجارت عن تراضٍ را بیان کرده ولی بدنبالش یا پیش از آن نفرموده که: ولایکون تجارةً لاعن تراض و ... ، پس ناچار از مفهوم آیه باید استمداد کرد، و مفهومی که در مورد آیه قابل فرض است یا مفهوم حصر است، یا مفهوم وصف، [چون مفهوم شرط و غایت و مانند آن قطعاً متصوّر نیست.]

امّا مفهوم حصر: منطوق آیه این باشد که: منحصراً مجوّز اکل و تملّک مال دیگران تجارت صادره از تراضی است، و فقط این نوع از تجارت صحیح است و ملکیّت می آورد، مفهومش آنست که: پس غیر این قسم صحیح نیست و مجوّز و سبب ملک نمی شود، و بیع مکره غیر آن است پس صحیح نیست.

و امّا مفهوم وصف: کلمهٔ تجارت موصوف و عن تراضٍ وصف است و معنای آیه اینست: تجارتی که این صفت دارد صادره از تراضی استْ مجوّز اکل است، مفهومش آنست که: پس تجارتی که فاقد این وصف است و از تراضی سرچشمه نمی گیرد مجوّز نیست و باطل است، و تجارتِ مکره فاقد وصف مذکور است پس باطل است.

ولی خوشبختانه یا متأسّفانه از هیچکدام از دو مفهومِ مذکور نتوان استمداد کرد:

امّا از مفهوم حصر: این در صورتی است که حصری در میان باشد تا مفهوم داشته باشد و در مورد آیه اصلاً حصر و انحصاری نیست.

بیان ذلک: مقدّمه:

استثناء یا از کلام موجب است [جائنی القوم الاّ زیداً] یا از کلام منفی است [ما جائنی من احد الاّ زید] در هر صورت یا استثناء متّصل است [مثالهای مذکور] و یا منقطع است [جائنی القوم الاّ حماراً و ...] و در هر صورت یا مفرّغ است

یعنی مستثنی منه در کلام ذکر نشده [ما جائنی الاّ زیدٌ] و یا تامّ و غیرمفرّغ است یعنی مستثنی منه در کلام ذکر شده [ما جائنی من احد الاّ ...] حال از کلام شیخ مستفاد است که : هر استثنائی مفید حصر نیست بلکه به صورت قضیّهٔ مانعة الخلوّ در یکی از دو صورت مفید حصر است :

۱ ـ یا استثناء متّصل باشد که مطلقاً و در جمیع فروضِ مذکور مفید حصر است .

۲ ـ و یا اگر اسثناء منقطع است مفرّغ باشد وگرنه مفید حصر نیست .

پس اگر استثناء منقطع و غیرمفرّغ بود مفید حصر نیست . با این مقدّمه می گوئیم :

ما نحن فیه [آیهٔ تجارت] از همین قسم است زیرا که مستثنی منه اکل مال به باطل است که محکوم به حرمت است ومستثنی تجارت صادره و از تراضی است که محکوم به حلیّت است ، و تجارت کذائی موضوعاً و تخصّصاً از مستثنی منه و اکل مال به باطل خارج است و استثناء منقطع است ، ضمناً مستثنی منه هم در کلام آمده پس غیرمفرّغ هم هست ، و چنین استثنائی مفید حصر نیست تا مفهوم داشته باشد ، همین اندازه دلالت دارد که : ولکن تجارت کذائی مجوّز اکل می شود ، و امّا تجارتی که بدواً در آن تراضی نبوده ولی بعداً بدان ملحق شده چه حکمی دارد؟ از نفی و اثبات آن ساکت است ، و این فرد را با بیاناتی که قبلاً داشتیم [چهار بیان] حکمش را روشن می کنیم [البته محشّین نوعاً به مرحوم شیخ اعتراض کرده و این نوع از استثناء را هم مفید حصر دانسته اند[۱]] .

و امّا جواب از مفهوم وصف : اوّلاً در علم اصول به ثبت رسیده که : جملهٔ وصفیّه مفهوم ندارد ، و اثبات شیئی نفی ما عدا نمی کند ، فی سائمة الغنم زکاة مفهومش این نیست که : پس در معلوفهٔ غنم زکات نیست . و ثانیاً بر فرض قبول

(۱) حاشیهٔ ایروانی ره ، ص۱۱۳ ؛ حاشیهٔ سید ره ، ص۱۲۶ ؛ حاشیهٔ مرحوم شهیدی ، ص۲۶۱ .

مفهوم وصف، می گوئیم: هر وصفی که دارای مفهوم نیست، خصوص اوصافی که وصف غالبی نبوده و بیانگر حال غالب افراد نباشند.

و خلاصه اینکه: قید توضیحی نباشند بلکه احترازی باشند اینها مفهوم دارند، ولی اوصافی که وارد در مورد غالب باشند و صرفاً بیانگر آنست که: غالب افراد یک ماهیّت دارای فلان خصوصیت هستند و نادری آن را ندارند، چنین وصفی مفهوم ندارد، و بدان معنا نیست که حکم هم در انحصار همین فرد غالب باشد، مثلاً آیه می فرماید:

﴿وربائبکم اللاّتی فی حجورکم﴾[1] یعنی یکی از محرمات ربیبه ها و دختران همسران شمایند آنهم ربائبی که در دامان شما بزرگ می شوند، ولی این بدان معنی نیست که: پس دختران همسرانی که از قبل کبیره و بزرگ بوده و در دامان مرد جدید تربیت نشده اند حرام نیستند، چرا آنها نیز حرام هستند ولی تقیید به اللاّتی فی حجورکم برای اینست که غالباً ربائب صغیرند و در دامان مرد جدید پرورش می یابند، وگرنه تقیید مذکور نقش دیگری ندارد.

حال مانحن فیه از این قبیل است یعنی وصف عن تراض وصف غالبی است و بیانگر آنست که: غالباً خود مالکین تجارت می کنند و غالباً هم از آغاز با میل و رغبت و طیب نفس تجارت می کنند و لذا تجارتشان از تراضی سرچشمه می گیرد، ولی گاهی هم ممکن است این طیب نفس از اوّل نباشد و بعداً بیاید امّا حکم به حلیّت و جواز اکل مخصوص مورد وصف نیست، و تعمیم دارد.

قوله: ودعوی:

اگر کسی مدّعی شود که: قید مذکور صرفاً قید توضیحی نیست بلکه احترازی است و آمده برای احتراز از تجارتی که فاقد وصف مذکور است، بویژه اینکه: اصل در قیود هم احترازیّت است، و وقتی این مسجّل شد مفهوم هم

---

(۱) سورهٔ نساء آیهٔ۲۳.

خواهد داشت.

مرحوم شیخ می فرماید: این ادّعا در مورد آیه ممنوع است [و توضیحی نمی دهند که چرا ممنوع است و صرفاً به آینده و مبحث بیع فضولی حواله می دهند، ولی شاید وجهش این باشد که قید غالبی بودن معلوم است یعنی در واقع حتماً چنین است که غالباً تجارتها از طیب نفس صادر می شوند، و از این کانال عبور می کنند، امّا مضافاً به این احترازی هم باشد معلوم نیست، پس مفهوم داشتن هم مدلّل نیست.]

قوله: وامّا حدیث الرفع:

و امّا جواب از حدیث رفع: از این بیان دو جواب می دهند:

جواب اوّل: کراراً گفته آمد که حدیث رفع در مقام امتنان وارد شده و تنها احکام تکلیفی و وضعیِ الزام آور را برمی دارد، یعنی اگر به ترك واجب یا فعل حرامی مکره شدیم، حدیث رفع در آنجا الزام به ترك یا به فعل را برمی دارد و در ظاهر اذن در ارتکاب می دهد. و نیز اگر از ناحیه معامله ای الزامی بیاید و بایع ملزم به پرداخت مبیع و ... باشد با حدیث رفع آن الزامات و مؤاخذات عندالاکراه مرتفع می شود، ولی در مانحن فیه سه حکم متصوّر است که هیچکدام به حدیث رفع مربوط نیست:

۱ـ موقوف بودن بیع مکره بر اجازه و رضایت بعدی: حدیث رفع این را رفع نمی کند، زیرا معنای توقّف اینست که: اختیار با مکره است، اگر خواست امضاء می کند و اگر نخواست فسخ می کند، و این که الزام و اجبار نیست، کلفت و مشقّت نیست، بلکه حقّی است به نفع مکره نه به ضرر او.

۲ـ اگرچه یکطرف مکره است و ملزم به وفاء به عقد نیست، ولی طرف دیگر مختار بوده و با طیب نفس اقدام کرده و وارد معامله شده و در مواردی که بیع خیاری نباشد، از ناحیهٔ مختار لازم بوده و وی ملزم است که پای عقد و عهد

خویش بایستد، واوفوا بالعقود، المؤمنون عند شروطهم و ... او را شامل است. پس یک الزامی در مورد معاملهٔ اکراهی درست شد، حال چه مانعی دارد که حدیث رفع همین الزام را بردارد؟ می فرماید: این الزام که مربوط به مکرَه نیست، مربوط به طرف مقابل است که مختار است و به اختیار خود به این الزامات اقدام کرده و حدیثِ رفع الزاماتِ شخص مکرَه را برمی دارد، نه الزام دیگران را.

۳ـ گفتیم شخص مکره در امضاء یا فسخ مختار است ولی اگر وی مماطله کرد و عمداً امضاء یا فسخ را تأخیر انداخت، در اینجا به حکم لاضرر، برای اینکه به دیگری ضرر وارد نشود، مکره را ملزم می کنند که: یکطرف را اختیار کن یا فسخ و یا امضاء.

حال آیا نمی توان گفت: حدیث رفع این الزام را برمی دارد؟ باز هم می فرمایند: خیر، زیرا اگر این الزام از آثار و لوازم خود فعل مکرهٔ علیه بود، یعنی اثر نفس عقد بود، با حدیث رفع مرتفع می شد، ولی این الزام از توابع حقّی است که برای مکره ثابت است، و جمعاً بین الحقین درست شده یعنی هم مکره پس از رفع اکراه حق انتخاب دارد که فسخ یا امضاء کند، و هم طرف دیگر برای دفع ضررش حقّی دارد، حاکم برای جمع میان دو حقّ، مکره را ملزم به اختیار احدهما می کند، و چنین چیزی با حدیث رفع برداشته نمی شود، چون اصلاً در مورد اکراه ثابت است و در جواب ثانی مفصّلاً خواهد آمد که اینگونه احکام با حدیث رفع برداشته نمی شوند.

قوله: ثمّ انّ:

مقدّمه: بنابر اینکه اجازهٔ بعدی مؤثر باشد این بحث مطرح می شود که آیا اجازهٔ لاحق ناقله است؟ یا کاشفه؟ معنای ناقله بودن آن است که: تا اجازه نیاید اصلاً نقل و انتقالی صورت نگرفته و ملکیّتی محقّق نمی شود. و معنای

کاشفه بودن آنست که: اجازه کاشف از اینست که در واقع از وقتی که عقد واقع شد نقل وانتقال و ملکیت هم حاصل شد و علاّم الغیوب می دانست ولی ما نمی دانستیم و با اجازهٔ بعدی ما نیز فهمیدیم.

حال دلائل نقل چیست؟ ادلّهٔ کشف کدام است؟ ثمرهٔ بحث کجا ظاهر می شود؟ اینها مطالبی است که هم در بخش پایانیِ همین مسئله به زودی خواهد آمد و هم مبسوطاً در بیع فضولی خواهد آمد، با این مقدّمه می گوئیم: اینکه در جواب اوّل گفتیم: اینجا جای حدیث رفع نیست [چون الزام و اجباری نیست بلکه اختیار و وسعت است و ... .]

در این جهت لافرق که ما اجازهٔ بعدی را ناقله بدانیم یا کاشفه، اگر ناقله باشد که پرواضح است، زیرا علی النقل تا اجازه و رضایت نیاید اصلاً ملکیّتی نیست پس مؤاخذه و الزامی هم نیست تا حدیث رفع مجری داشته باشد. و اگر کاشفه باشد ممکن است در بدو امر خیال شود که اینجا حدیث رفع مجری دارد.

به این دلیل که: در واقع از اوّل ملکیت آمده پس مؤاخذه و الزام هست پس حدیث قابل جریان است، ولی با اندکی تأمّل و دقت این خیال مرتفع شده و یقین می کنیم که باز هم جای حدیث رفع نیست، به این بیان: تا اجازه نیامده کاشفی نیست و تا کاشفی نیست الزام و مؤاخذه ای هم نیست [الزام یا مؤاخذه بر امر منجّز و معلوم است نه امر واقعی و مجهول] پس باز هم وجهی برای جریان حدیث رفع نیست.

جواب دوّم:

مقدّمه: ما در اینجا سه دسته عناوین داریم:

۱ـ احکام تکلیفی و وضعی ای که بر افعال اختیاریّهٔ مکلّفین مترتّب می شود، از قبیل: حرمت، سببیّت و ... .

۲ـ افعال اختیاریهٔ مکلّفین که متعلّقات احکام‌اند، مانند: غصب، شرب خمر، معامله و ... .

۳ـ عناوین رافعه یعنی عناوینی که احکام را برمی‌دارند، مانند: خطأ، نسیان، اکراه، اضطرار و ... .

سئوال: احکام شرعیّه‌ای که بر افعال اختیاریهٔ مکلّفین بار می‌شود با عناوین رافعه چه نسبتی دارند؟ سه صورت متصوّر است:

۱ـ احکام شرعیّه بر افعال ما به نحو بشرط لانسبت به عناوین رافعه مترتب می‌شوند، مثل وجوب قضاء و کفّاره که بر افطار عمدی مترتّب می‌شود و موضوع آن افطار عمدی است یعنی افطاری که از روی خطأ، سهو، نسیان، اکراه، اضطرار و ... نباشد و بشرط نبود این عناوین، و مثل جهنّمی شدن، قصاص و ... که بر قتل عمدی مترتب است ومن قتل مؤمناً متعمّداً فجزائه جهنّم، که قصاص بر قتل عمدی مترتب است.

حال حدیث رفع با اینگونه از احکام کاری ندارد، اینها موضوعشان مقیّد به حال عمد و التفات و اختیار است و مادامی که موضوع باشد حکم هم هست والاّ فلا.

۲ـ احکام شرعیّه‌ای که بر افعال مکلّفین به نحو بشرط شیئی نسبت به عناوین رافعه مترتّب می‌شود، یعنی فعل ما وقتی فلان حکم را دارد که یکی از این عناوین را دارا باشد.

مثلاً قتل خطأی با همین قید و خصوصیّت و عنوانِ خطأی بودن موضوع دیه است. رکن منسّی با قید منسّی بودن موضوعِ وجوب اعادهَ و قضاء است و ... .

حال حدیث رفع با این دسته از احکام هم کاری ندارد زیرا که اینها در مورد همین عناوین ثابت می‌شوند، و موضوع اینها همین عنوان خطأ و نسیان و مانند آن است و معقول نیست که به‌وسیلهٔ رفع الخطأ والنسیان مرتفع شود، یعنی هم خطأ

موضوع این حکم باشد و موجب ثبوتِ آن و هم رافعِ آن باشد، این تناقض است.

۳ـ احکامی که بر افعال مکلّفین به نحو لابشرط مترتب می شوند، یعنی بر طبیعت فعل، بر عمل لوخلّی و طبعه، بر عمل مع قطع النظر از عناوین رافعه مترتب می شود، بر عمل به عنوان اوّلی و اصلی و اختیاری بار می شوند، نه به عنوان ثانویِ عارضیِ غیراختیاری، مثلاً شرب خمر بما هو شرب الخمر حرام است، غصب بما هو غصبٌ حرام است، بیع بما هو بیع سبب ملکیّت است و ... .

حال در اینگونه از احکام حدیث رفع قابل جریان است و با عروض یکی از عناوین رافعه این احکام در ظاهر رفع می شوند، مثلاً اگر نسیان آمد حرمت غصب می رود، اگر اکراه آمد حرمت شرب خمر می رود، سببیّت بیع برای نقل وانتقال می رود، اگر اضطرار آمد حرمت اکل میته و ... می رود.

با حفظ این مقدّمه می گوئیم: مفاد حدیث رفع و فراز رفع ما اکرهوا علیه که مورد بحث ما می باشد آنست که: آن احکامی که برای فعل اکراهی ثابت بودند لولا الاکراه، آن احکام در فرض اکراه و مع الاکراه از آن فعل مرتفع می شوند، و در مورد بحث ما که معاملاتِ اکراهی است لولا الاکراه بیع علّت تامّه و سبب مستقلّ بود برای ملکیّت و نقل وانتقال، ولی اکراه که آمد این سبب تامّ و مؤثّر کامل بودن را از معامله گرفت، ما نیز قبول داریم ولی فعلاً کلام در علّت ناقصه و جزء العلّة است یعنی اینکه بیع جزء مؤثّر در ملکیّت باشد و رضای بعدی جزء دیگر و روی هم رفته علّت تامّه باشند، و جزء العلّة بودنِ معامله چیزی نیست که قبل از اکراه و لولا الاکراه ثابت باشد تا مع الاکراه مرتفع شود، بلکه جزء علّت بودن در فرض اکراه و مع الاکراه ثابت است و چیزی که اصلاً موضوعش اکراه است و در این فرض ثابت است چگونه معقول است که با خود اکراه رفع شود. پس سبب مستقلّ بودن که لولا الاکراه بود مع الاکراه رفع شد.

ولی سبب ناقصی که ما مدّعی هستیم اصلاً قبل از اکراه نبود تا با آمدن اکراه برود بلکه مع الاکراه و در مورد آن است، پس حدیث رفع جزء سبب بودنِ بیع مکره را برنمی دارد، پس عقد مکره هم سبب ناقص ملکیّت است و جزء سبب دیگر هم رضای مالک است که بعداً ملحق می شود و معاً سبب تامّ گردیده و باعثِ صحّت معامله می شوند.

قوله: ولکن یرد:

استدراکی از جواب دوّم و ردّ آن است:

ما دو دسته ادلّه و عناوین داریم:

۱ـ ادلّهٔ عناوین اوّلیّه: اطلاقات و عموماتی که بر صحّت بیع و هر معامله ای دلالت دارند، از قبیل: احلّ اللّه البیع، اوفوا بالعقود، المؤمنون عند شروطهم و ... که به عموم و اطلاق مطلق بیع را صحیح می دانند، چه بیع مکره و چه غیرمکره، چه بعداً رضا ملحق بشود یا نه.

۲ـ ادلّهٔ عناوین ثانویّه: روایاتی که مشتمل بر عناوین رافعه است از قبیل حدیث رفع و مانند آن، و در علم اصول به ثبت رسیده که ادلّهٔ عناوین ثانویّه بر ادلّهٔ عناوین اوّلیّه حکومت و تقدّم دارد، و نوع حکومت هم در مانحن فیه تضییقی است، یعنی قدری دائرهٔ ادلّهٔ اوّلیه را محدود می کنند، به این بیان که: ادلّهٔ اوّلیّه می گفت: هر بیعی صحیح است، و ادلّه ثانویّه می گوید: بیع اکراهی صحیح نیست و بی اثر است.

آنگاه ادلّهٔ اوّلیه ظهور در سببیت مستقلّه داشته و دلالت دارند که بیع علّت تامّه ملکیّت است و حدیث رفع می گوید: عندالاکراه بیع سببیّت کذائی ندارد، امّا معنایش این نیست که پس سبب ناقص هست، سبب ناقصی قبلاً نبوده تا الآن استصحاب و ابقا شود، سبب کامل بود که با حدیث رفع رفت، و خود حدیث هم سبب ناقص درست نمی کند زیرا که نافی و رافع است و نه واضع و

مثبت پس این سبب ناقص از کجا آمد؟ مجرّد خواب و خیال است وگرنه دلیلی ندارد.

به بیان دیگر: پس از تقیید ادلّهٔ اوّلیّه و اطلاقات به وسیلهٔ حدیث رفع و جدا کردن بیع اکراهی دیگر دلیلی بر صحّت بیع اکراهی نیست، چون اطلاقات محدود و مخصوص بیوع اختیاری شد و بیع مکره ولو با رضای بعدی دلیلی بر صحّت ندارد و بر فرض شکّ در صحّت آن با رضای بعدی از اصالة الفساد که اصل اوّلی در معاملات هست استفاده می کنیم.

قوله: بل:

ظاهر ادلّه واطلاقات این شد که معامله سبب تام و مستقل است، حال بر فرض که ادلّه دلالت کنند بر اینکه معامله سبب مطلق است اعمّ از اینکه تامّ باشد یا ناقص باز می گوئیم: عندالاکراه همان سبب مطلق یا مطلق السبب مرتفع می شود، و چیزی باقی نمی ماند پس دلیل صحّت اینجا نفعی ندارد. پس جواب دوّم تخریب شد و باید حکم به بطلان بیع مکره کرد.

قوله: اللّهم:

مناقشه در استدراکِ مذکور و دفاع از جواب ثانی است:

ما در اینجا سه دستهٔ ادلّه داریم: [نه دو دسته که در لکن ... محاسبه شد].

۱ـ اطلاقات و عموماتِ صحّت و لزوم بیع و غیره [احلّ اللّه البیع، اوفوا بالعقود و ...].

۲ـ ادلّه ای که بر حرمت اکل و تملّک مال دیگری بدون رضایت مالک و با نبود طیب نفس او دلالت دارند و مضمون آنها اینست که: باید اکل و تصرّف و تملّک با رضایت مالک باشد و آنها ادلّهٔ اربعه [کتاب، سنّت، اجماع، حکم عقل] هستند:

امّا کتاب: قوله تعالی: ﴿**ولاتاکلوا اموالکم بینکم بالباطل الاّ ان تکون تجارةً عن**

تراض﴾[۱] .

امّا سنّت: قولهم عليهم السلام : لایحلّ مال امرءٍ مسلم الاّ بطیب نفسه[۲] .

امّا اجماع: اجماع مسلمین بر حرمت مذکور قائم بوده و بر لزوم طیب نفس دالّ است.

امّا عقل: عقل هر عاقلی مستقلّ است که: تصرّف در مال دیگری بدون رضایتِ مالک، ظلم و قبیح است.

۳ـ ادلّهٔ عناوین ثانویه یعنی حدیث رفع که بر رفع آثار عمل اکراهی و مانند آن دلالت دارد.

حال دسته اوّل و دوّم را که کنار هم بگذاریم از قبیل مطلق و مقیّد هستند و به برکت دستهٔ دوّم عموم و اطلاق دسته اوّل را تقیید کرده و حاصل جمع این تقیید و اطلاق آنست که: البیع المرضّی به سبب ملک است آنگاه نوبت به حدیث رفع نمی رسد و حدیث مذکور حکومتی و تقدّمی ندارد زیرا که بیع مقیّد به مرضّیٌ به یا مرضّیٌ به به رضایت سابق است یعنی از آغاز با طیب نفس بیع واقع شد.

اینجا که اصلاً اکراهی نیست تا جای حدیث رفع باشد، زیرا که روز اوّل با طیب نفس واقع شد و قانون اینست: الشیئ لاینقلب عمّا وقع علیه و معقول نیست چیزی که به طیب نفس بود حالا اکراهی شود. و یا مرضّیٌ به به رضای لاحق است که در مورد بیع مکره همین است، باز هم جای حدیث رفع نیست زیرا نتیجه اطلاق و تقیید این شد که شارع بیع مرضّیٌ به را سبب ملک قرار داده و این مجموع بما هو مجموعٌ که اکراهی نیست.

آری از این وصف و موصوف خصوصِ موصوف یعنی ذات البیع اکراهی است، ولی خصوص اینکه منشأ اثر نیست تا اکراه آن را بردارد، زیرا الآن

---

(۱) سورهٔ نساء آیهٔ ۲۹.

(۲) عوالی اللآلی، ج۲، ص۲۴۰.

گفته آمد که به حکم ادلّهٔ اربعه باید طیب نفس هم باشد. فما قصد لم یقع وما وقع لم یقصد.

قوله: فالاطلاقات:

نتیجهٔ اطلاقات اوّلیّه پس از تقیید آنها به ادلّهٔ لزوم طیب نفس، آنست که: مجموع عقد و رضای بعدی من حیث المجموع سبب تام و مؤثّر کامل است و ملکیّت آور است و مجموع که اکراهی نیست، آری وقتی شرعاً مجموع مرکب علّت تامّه بود، قهراً لازمهٔ عقلیِ مطلب آن است که پس هر جزء مرکب جزء علّت تامّه است، پس عقد مکره هم جزء مؤثّر تام و بعض آن است.

ولی این بعض مؤثر بودن با حدیث رفع برداشته نمی شود چرا که این لازمهٔ عقلی شد و در علم اصول به اثبات رسیده که: حدیث رفع آثار عقلی و لوازم غیرشرعی را برنمی دارد، و اموری که وضع آنها به دست شارع باشد رفع آنها بدست شارع است و با حدیث رفع مرتفع می شوند مانند سببیّت تامّه که بدست شارع بود و با اکراه رفع شد، ولی جزء سبب بودن بدست شارع نیست تا رفع شود. پس باز هم جای حدیث رفع نیست.

[البته بعض کتابهای مکاسب بجای لانّه اثر عقلی غیرمجعولٍ، فرموده: لانّ الاکراه مأخوذ فیه بالفرض، که ظاهراً نسخهٔ اوّل صحیح است و درِ چند سطر بعد هم بدان تصریح شده، و دوّمی صحیح نیست چون همان جواب قبل از ولکنْ است که با ولکن ... استدراك و مناقشه شد.]

قوله: وهذا لایفرق:

معلوم شد که در مانحن فیه حدیث رفع جاری نمی شود، حال در این جهت جواب دوّم مثل جواب اوّل از حدیث رفع است، یعنی لافرق که ما قائل به نقل باشیم و اجازه را ناقله بدانیم یا قائل به کشف باشیم، بیان ذلک:

امّا بنابر نقل: فرض اینست که تا رضایت بعدی نیامده اصلاً نقل و انتقال و

ملکیتی نیست تا الزام و مؤاخذه ای باشد و حدیث رفع جاری شود، بلکه تمام المؤثّر ای متّمم المؤثّر [چیزی که سبب تتمیم و تکمیل مؤثّر می گردد و جزء العلّه است و موجب تمامیّت علّت می گردد] اجازهٔ لاحقه است و با آمدن اجازه علّت و مؤثّر در ملکیّت تامّ می گردد و بدنبالش معلول که خود ملکیت است می آید و قبل از آن چیزی و اثری نیست تا با حدیث رفع برداشته شود.

و امّا بنابر کشف: باز هم خود عقد به تنهائی مؤثّر نیست تا حدیث رفع جاری شود، مکمِّل و متّممِ مؤثر عنوانی است که از رضایت بعدی انتزاع شده و وصف عقد واقع می شود و آن عنوانِ المتعقّب للرضا یا بشرط تعقّبه للرضا است یعنی مجموع العقد المتعقّب للرضَا علّت تامّهٔ ملکیّت است و این مجموع که دارای اثر است و شارع آن را سبب ملک قرار داده، اکراهی نیست تا با حدیث رفع برداشته شود.

قوله: وکیف کان:

چه اجازه ناقله باشد یا کاشفه در هر حال مجموع مرکب از عقد و رضایت بعدی [العقد المرضّی به] یا عقد با وصف تعقّب للرضا [العقد المتعقب للرضا] که مجعول شرعی است و شارع آن را سبب و مؤثر در ملک قرار داده، اینکه اکراهی نیست تا حدیث رفع سببیّت آن را بردارد، آری ذات العقد و عقد تنها بدون قیدهای مذکور علت ناقصه و جزء المؤثر است که به ضمیمهٔ جزء بعدی تکمیل می شود، و این اکراهی است.

ولکن حدیث رفع جاری نمی شود و جزء سبب بودنِ آن را برنمی دارد، چرا که قبلاً گفتیم: حدیث رفع که از شارع بما هو شارع صادرَ شده چیزهائی را رفع می کند که وضع و جعل آنها بدست شارع باشد و در مانحن فیه آنکه به دست شارع است و طبق ادلّهٔ صحت بیع با تقیید آنها به ادلّهٔ طیب نفس، شارع آن را مؤثر و سبب تام قرار داده عبارتست از العقد مع الرضا.

[بنابر نقل] والعقد المتعقب للرضا [بر مبنای کشف] و این امر اکراهی نیست تا با حدیث قابل رفع باشد، و آنکه اکراهی است یعنی ذات العقد که اثر ندارد تا حدیث رفع آن را بردارد، آری جزء سبب است ولی این جزء سبب بودن مجعول شارع نیست بلکه لازم عقلی و به حکم عقل است، زیرا وقتی مجموع بما هو مجموع سبب شد قهراً هر جزئی از اجزاء مجموع، جزء سبب خواهد بود ولی این را عقل می گوید نه شرع و حدیث رفع اینها را برنمی دارد. پس جای حدیث رفع نیست پس معاملهٔ مکره با لحوقِ رضایتِ بعدی صحیح است.

قوله: فتأمّل:

شاید اشاره به این باشد که: جزء سبب بودنِ عقد مستقلاً و مستقیماً مجعول شارع نیست ولی به تبع مجموع و در ضمن آن که مجعول هست، یعنی وقتی شارع مجموع مرکّبی را سبب قرار داد و برای آن جعل سببیّت کرد، به تبع آن یکایک اجزاء را هم سبب ناقص و جزء سبب قرار داده [شبیه اقم الصلوة که امر به مرکّب است و اگر بالمطابقه به مرکبی امر شدیم پس بالتضمّن به تک تک اجزاء هم امر شده ایم و اینها هم وجوب شرعیِ ضمنی دارند.] و همین مقدار از مجعولیّت هم [که تبعی بود] کافی است که مستند به شارع باشد و وضع به ید او است، پس قابل رفع هم هست و حدیث رفع به این اعتبار جاری می شود و جزء سبب را که خود عقد اکراهی است؛ برمی دارد و جزء دیگر هم که رضا باشد به تنهائی تأثیری ندارد، پس ناچار باید بگوئیم: بیع مکره از اصل فاسد و باطل است و رضای بعدی کارگر نیست. [و بر همین اساس در اصول در باب اقل و اکثر و شک در جزئیّت از حدیث رفع و فراز رفع مالایعلمون استفاده می شود با اینکه جزئیّت مستقیماً مجعول شرعی نیست ولی به تبع امر به کل و در ضمن آن واجب می شود و ما از آن عنوان جزئیّت را انتزاع می کنیم و همین قدر که فی الجمله مستند و منتسب به شارع است ولو به لحاظ منشأ انتزاع، پس قابل رفع هم

هست .]

نتیجه: جواب دوّمی که از حدیث رفع دادیم و فراز و نشیبهائی داشت و در مجموع دو جواب بود:

۱ـ لانّ الاکراه مأخوذ فیه بالفرض ... یعنی جزء سبب بودن در مورد اکراه است و با خود اکراه قابل رفع نیست .

۲ـ لانّه اثر عقلی غیرمجعول یا امر عقلیٔ قهرّی ... هیچکدام قابل قبول نیست، بناچار از خیر ثانیاً ... گذشته و به جواب اوّل از حدیث رفع بسنده می کنیم . پس تمامیِ ادلّهٔ طرفداران بطلان عقد مکره و عدم تأثیر اجازهٔ لاحقه در آن بررسی و ابطال شد، و حقّ آنست که بیع مکره مثل بیع فضولی با اجازهٔ بعدی صحیح است .

قوله: بقی الکلام:

فرع دوّم و آخرین مطلب در رابطه با بیع مکره:

بر مسلک مشهور که بیع مکره موقوف به اجازهٔ لاحقه شد و با آمدن رضایت صحیح شد، این سئوال مطرح می شود: آیا اجازهٔ لاحقه ناقله است؟ یا کاشفه؟

مرحوم شیخ می فرمایند: مقتضای اصل آنست که ناقله باشد و این اصل سه جور محاسبه شده:

۱ـ مراد از اصل قاعده باشد یعنی مقتضای قاعدهٔ اوّلیهٔ عقلیّه نقل است .

به این بیان: از اطلاقات و تقییدات فهمیدیم که: البیع المرضّی به صحیح است، پس باید طیب نفس هم باشد حال طیب نفس یا جزء المؤثر و یا شرط تأثیر بیع در ملکیّت است، هر کدام که باشد از اجزاء علّت تامّه است، و قانون اینست که تا علّت تامّه نباشد معلول هم نیست و تخلّف محال است . پس بعد از آمدن رضایت علّت تمام می شود، و بعد از آن معلول و ملکیت می آید نه قبل از آن و معنای نقل هم همین است .

۲ـ مراد استصحاب عدم ملکیّت باشد: قبل از بیع مکره نقل و انتقال و ملکیّتی نبود، حال پس از بیع و قبل از اجازه شک می کنیم که ملکیّت حادث شد یا نه؟ از استصحاب عدم ملکیت استفاده کرده و نتیجه می گیریم: تا رضایت نیاید ملکیت هم نمی آید، و معنای ناقله بودن هم همین است.

۳ـ تا مالک اصلی راضی نشود حلیّت تصرّف حادث نمی شود، و بر فرض شک کنیم از اصل عدم حدوثِ حلیّت قبل از اجازه استفاده می کنیم و می گوئیم: تا رضا نیامده حلیّتی هم نیست و از نبود این حکم تکلیفی نبود حکم وضعی و ملکیت را کشف کرده و می گوئیم: پس معلوم می شود ملکیّت هم نیامده وگرنه وجهی برای عدم حدوث حلیّت نبود. و معنای نقل همین است.

ولی مقتضای ادلّهٔ نقلیّه و روایات [صحیحهٔ محمدبن قیس، صحیحهٔ ابی عبیدهٔ حذّاءِ و ... که به زودی در بیع فضولی خواهد آمد.] آنست که اجازه کاشفه باشد، و ما چون تابع نصّ هستیم و دلیل خاص را بر قاعدهٔ اولیّه مقدّم می داریم در بیع فضولی همین را تقویت خواهیم کرد.

قوله: وربمّا یدّعی:

بعضی ها ادّعا کرده اند که: چه در بیع مکره و چه فضولی کاشفه بودن هم مقتضای ادلّهٔ شرعیه و هم مقتضای اصل است: امّا مقتضای روایات بودن بیان شد. و امّا مقتضای اصل بودن یعنی طبق قاعده بودن بدین بیان است: بعتُ یعنی انشاء نقل از حین انشاء، و مکره که معامله می کند و صیغهٔ بیع را به زبان می آورد منظورش نقل از حین عقد است. ورضیتُ هم که بعداً ملحق می شود مفادش رضا به همان مضمون عقد است [نقل از حین عقد] و امضیتُ هم که شارع بدنبال رضایت می فرماید، و بیع مذکور را امضاء می کند، باز به معنای امضاء همان معامله ای است که مرضیٌّ بها است و بر طبق رضای مالک آن را امضاء می کند، پس امضاء شرعی هم به نقل از حین عقد تعلّق گرفته و

علی القاعده باید کشفی شد نه صرفاً براساس روایات و تعبّداً.

قوله: وفیه:

مرحوم شیخ در ردّ ادّعای مذکور می فرماید: خیر کشف علی القاعده نیست، زیرا معنای بعتُ نقل از حین انشاء و عقد نیست. بلکه خود نقل و انشاء تملیک است، و شما وقتی بیع را معنا می کنید می گوئید: انشاء تملیک عین بمال و سخن از: مِنْ حین البیع و ... نیست.

[و اصولاً انشائات خالی از زمان هستند و فعل امر ونهی هم دالّ بر اصل انشاء ایجاب یا تحریم است امّا زمان در آن نیست، وفور و تراخی بیرون از محدودهٔ صیغهٔ امر هستند، و اگر در نهی می گوئیم: از حین نهی و بلافاصله باید ترك شود لازمهٔ عقلی است نه مفاد وضعی].

پس مفاد عقد اصل نقل و انتقال و انشاء تملیک است نه نقل از حین عقد، نهایت خود انشاء چون الفاظی است که از لافظی صادر می شود قهراً در زمان حال و نطق است [و این اختصاص به انشاء ندارد اخبار هم در حال نطق است چه به لحاظ حال حاضر بگوئیم: زید کاتبُ الآن و چه به لحاظ حال ماضی و مستقبل بگوئیم و چه اصلاً لحاظ هیچکدام از ازمنهٔ ثلاثه نشود، تکلّم الآن است.] ولی مُنْشَأ به این انشاء چیست؟ اصل نقل و تملیک است. آنگاه اگر عقد و انشاء مذکور کمبودی نداشته و از آغاز جامع شرائط باشد و از دیدگاه شارع مَنْشأ اثر باشد، از آنجا که علّت تامّه است بدنبالش معلول هم می آید و شارع مقدّس حکم به ملکیت می کند.

ولی اگر انشاء مذکور ناقص باشد و پس از آمدن یک امر متأخر تکمیل و مؤثر شود، مثل مورد بحث ما که با آمدن رضای لاحق تأثیر می گذارد، در اینجا تا رضایت نیاید مؤثر کامل نیست و تا کامل نشود شارع حکم به ملکیّت نمی کند، و پس از تتمیم علّت حکم به ملکیّت می آید، و این با نقل می سازد نه با کشف.

قوله: ولذلك:

در اینجا چندین شاهد می آورند مبنی بر اینکه: معامله و صیغه نقل از حینِ عقد و معامله نیست وگرنه در مواردی تخلّف اثر از مؤثر لازم می آید:

۱ـ در کلیّهٔ بیوع تا قبول نیاید ملکیّتی نیست، حال فرض کنید دو دقیقهٔ قبل موجِب گفت: بعتُ و بعداً قابل قبلت را گفت، اگر معنای بعتُ نقلتُ من حین العقد باشد، و معنای اشتریت یعنی قبول نقل کردم از حین اشتراء ایندو تطابق ندارند، پس نباید صحیح باشد، خیر حق اینست که معنای بعتُ اصل نقل است و اشتریت هم یعنی همان نقل و تملیک را قبول کردم ... .

۲ـ در بیع صرف تا تقابض فی المجلس نیاید ملکیّتی نیست، حال چه بسا تقابض ساعتی پس از عقد و معامله باشد، و اگر بعتُ نقل از حین عقد باشد پس باز اثر آن که ملکیّت است از آن تخلّف کرده و هماهنگی ندارد.

۳ـ در بیع سلم هم نسبت به خصوص قبض ثمن مطلب همان است که در بیع صرف آوردیم.

۴ـ در هبه هم که تا قبض مال موهوب از سوی موهوب له حاصل نشود ملکیّتی نیست باز مطلب همان است.

۵ـ برمسلک مشهور تا عقد آمد ملک می آید معامله خیاری باشد یانه، مدّت خیار منقضی شده باشد یانه، ولی برمسلک شیخ طوسی تا مدّت خیار منقضی نشود اصلاً ملکیّتی نیامده باز مطلب همان است که ذکر شد. نتیجه: در تمام موارد مذکور بیع نقل از حین عقد نیست بلکه اصل نقل است ... .

قوله: ان قلت:

درست است که حکم شارع به ملکیّت در بیع مکره پس از رضای مالک است ولی چون این حکم به ملاحظه رضای مالک و براساس امضاء آنست و رضا هم به اصل بیع می خورد، چه مانعی دارد بگوئیم: پس از رضایت مالک و بدنبال

آن شارع مقدس حکم کند به ثبوت ملک از قبل از رضایت و از اوّلِ معامله؟

قوله: قلت:

این یک بام و دو هوا است و معقول نیست زیرا ملکیّتی که شارع حکم می کند ملک شرعی است و تا رضایت نیاید حکمی نیست و تا حکم و جعلی نباشد مجعول و ملکیّتی نیست فکیف یعقل که قبل از جعل و قبل از علّت تامّهٔ آن مجعول و ملکیّت بیاید؟! پس علی القاعده نتوان کشفی شد، آری اگر روایات با کشف منطبق بود ما به دلائل خاصّه آن را اختیار می کنیم.

قوله: و ان شئت:

برای توضیح بیشتر توجه شما را به باب فسخ بیع جلب می کنیم: فسخ نقطهٔ مقابل اجازه و امضاء است، و فسخ هم به عقد سابق می خوردو مقتضای فسخ آنست که: عقد سابق باطل و کَاَنْ لم یکن تلقّی شود.

امّا معنای فسخ این نیست که: آن ملکیّتی هم که از حین عقد تا حین فسخ بوده از بین می رود و شخص ضامن هم هست، خیر فسخ از حین عقد نیست بلکه از حین فسخ است و از حالا به بعد عقد سابق را بی اثر می کند، پس اجازه هم باید به قرینهٔ مقابله چنین باشد یعنی از حالا به بعد معامله را صحیح و مؤثر قرار دهد و این با نقل می سازد نه کشف.

قوله: ثمّ علی القول:

در معاملهٔ اکراهی گاهی طرفین هر دو مکره شده اند حکمش همان است که رضایت هر دو لازم است و... ولی معمولاً یکطرف مکره و دیگری مختار است.

حال سئوال اینست که: آیا تا زمانی که مکره معامله را ردّ یا امضاء نکرده، طرف دیگر یعنی مختار حق دارد معامله را فسخ کند یا ملزم به صبر و انتظار است؟ می فرماید:

[اگر اجازه ناقله باشد، آری حق فسخ دارد زیرا تا اجازه نیامده ملکیّتی نیست

و مبیع ملک مشتری نشده پس در واقع اصلاً فسخ هم نیست و انفساخ است و طرف دیگر حق دارد در مال خویش تصرّف کند.]

ولی اگر اجازه را کاشفه دانستیم اینجا محلّ بحث است که: طرف دیگر حق فسخ دارد یا نه، و مبسوطاً دربیع فضولی این مسئله خواهد آمد.

(۶)
(حریّت متعاقدین)
(مسئلهٔ چهارم)

یکی از شروط متعاقدین آنست که: موجب و قابل [در عقود] یا موجب [در ایقاعات] حرّ و آزاد باشند تا عقد یا ایقاع و در یک کلام انشائشان صحیح و مؤثر باشد. بنابراین اگر هر دو یا یکی از آندو مملوك [عبد یا امه] بودند چه باید کرد؟ آیا انشاء مملوك مطلقاً صحیح و مؤثر است؟ یا مطلقاً نافذ و ماضی نیست؟ یا با اذن سابق از مولی نافذ است و بدون آن مؤثّر نیست؟ یا با رضایت مولی چه به نحو اذن سابق و چه به نحو اجازهٔ لاحق، صحیح است و بدون آن باطل است؟

مرحوم شیخ در این رابطه در دو مرحله بحث می کنند:

۱ ـ اصل لزوم اذن و اجازه و رضایت مولی می فرمایند: در مواردی که عاقد مملوك است حتماً باید به اذن سیّد و مولایش باشد و بدون آن انشاء نافذ نیست، و در عدم جواز و نفوذ فرقی نیست که عقد یا ایقاع را برای خودش انشاء کند یا برای دیگری وکالةً، در فرضی هم که برای خودش بود باز لافرق که چیزی را در ذمّهٔ خود بفروشد یا بر ذمّه خریداری کند.

[مثلاً می گوید: هزار من گندم به ذمّه ام فروختم در مقابل صدهزار تومان که

هر وقت آزاد شدم ذمّه را فارغ گردانم، یا این متاع را از شما به هزار تومان در ذمّه ام خریداری کردم که هر گاه آزاد شدم وجه شما را بپردازم.] و یا با مالی که در ید او [در اختیار و در تحت سلطنت او] است برای خود معامله کند [البته بنابر اینکه عبد مالک بشود ولی محجور باشد وگرنه با عدم مالکیّت نوبت به این بیع نمی رسد.] در همهٔ فروض مذکور اذنِ سیّد لازم است. پس مدّعای ما آنست که:

عبد در انشائات خویش استقلال ندارد و بدون امضاء و اجازهٔ مولی نمی تواند کاری انجام دهد و صحّت عقود و ایقاعاتش در گرو اذن مولی است.

دلیل این مدّعا: عموماتی که دلالت دارند که مملوك در امور و کارهای خویش استقلال ندارد دلیل مدّعای فوق می باشند و آنها دو دسته هستند:

۱ـ آیهٔ شریفه: ﴿**ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لایقدر علی شيءٍ**﴾[1] کیفیت استدلال خواهد آمد.

۲ـ صحیحهٔ زراره از امام باقر علیه السلام و امام صادق علیه السلام: هر دو بزرگوار فرموده اند: شخص مملوك منحصراً در یک صورت نکاح یا طلاقش نافذ است [انحصار از لایجوز که نفی است با الاّ ان یکون که استثناء است استفاده می شود.] و آن صورت اذن مولی است [پس اگر با اذن مولی باشد صحیح است و اگر بدون اذن باشد صحیح نیست.] زراره گوید:

از امام علیه السلام پرسیدم: اگر خود مولی برای مملوکش زوجه ای اختیار کرده باشد و به رضایت خود به وی زن داده باشد [چنانچه بنا به دلائلی بعداً طلاق پیش آمد] زمام امر طلاق به دست کیست؟ [مولی؟ یا عبد؟]

امام علیه السلام فرمود: به دست سیّد و مولی است [یعنی باز عبد استقلال نداشته و از خود صاحب اختیار نیست.] سپس امام علیه السلام به آیهٔ مذکور استشهاد کرده و

(۱) سورهٔ نحل آیهٔ ۷۵.

فرمودند: خدا می فرماید: ﴿ضرب‌الله مثلاً عبداً مملوکاً لایقدر علی شيء﴾، سپس فرمودند: مصداقی از مصادیقِ شیئی هم طلاق است[1] [پس مقدور عبد نیست و باید با اذن سیّد باشد].

کیفیّت استدلال: به بیانات متعدّد از آیه و حدیث می توان عدم استقلال عبد را فهمید:

۱ـ کلمهٔ لایقدر که در آیه بود: قادر به کسی می گویند که مستقلّاً بتواند کاری را انجام دهد و صد درصد به میل و ارادهٔ او باشد [انْ شاءَ فعل وان لم یشأ لم یفعل] پس کسی را که مطلقاً عاجز است و نمی تواند کَاری انجام دهد، و یا استقلال ندارد و محتاج به کمک دیگران است عرفاً قادر نمی گویند و عبد هم چنین است، زیرا بدون اذن سیّد کاری نمی تواند بکند، پس قادر نیست.

۲ـ کلمهٔ لایجوز ... الاّ باذن سیّده: این کلمه هم جواز و نفوذ نکاح و طلاق را در اذن سیّد منحصر ساخته است مفهومش آنست که بدون اذن سیّد نفوذ ندارد، حال اگر مستقّل بود که نیازی به اذن سیّد نداشت، پس مستقّل نیست.

۳ـ در جواب الطلاق بید من؟ فرمود: بید السیّد: یعنی اختیار طلاق به دست مولی است نه خود عبد و اگر عبد استقلال داشت از همه اولی بود به اینکه امر طلاق به دست او باشد، چون زوج است و آخذ بالسّاق است.

حال عبد مملوك قادر نیست یعنی استقلال ندارد، بدنبال آن در آیه کلمهٔ شیئی آمده و نکرهٔ [شیئی] در سیاق نفی [لایقدر] مفید عموم است، یعنی هر آنچه که شیئی بر آن صدق کند عبد نسبت به آن قادر نیست و استقلال ندارد، پس هر آنچه بدون دخالت سیّد و مولی و اذن او از عبد صادر شود وجودش کالعدم است.

و از جمله این اشیاء همانا عقود و ایقاعات عبد یا انشائات او است. پس بر انشاء هم قدرت و استقلال ندارد و انشاء صادره از عبد هم وجودش کالعدم

---

(۱) من لا یحضره الفقیه، ج۳، ص۲۵، باب ۱۷۳، حدیث دوّم.

است. البته منظور اینست که آن اثر مقصود از معامله [علقه زوجیت در نکاح، ملکیت در بیع و ...] بر عقد مملوك مترتب نیست، نه اینکه افعال مملوك هیچ اثری نداشته باشد، خیرافعال او هم مثل فعل حرّ موضوع کثیری از احکام است [مثلاً اتلافات او سبب ضمان است، جنایات او سبب ضمان است، اَحداث او سبب غسل و وضو است، طهارات او سبب پاکی و نورانیّت درونی است و ...] ولی منظور آنست که: انشائات عبد و امه بدون اذن مولی آن اثر مطلوب را ندارد.

۲ـ قوله: امّا مع الاذن:

حال که اصل عدم استقلال عبد و محتاج بودن انشائات او به اذن و رضایت مولی مسلّم گشت این بحث مطرح می شود که: آیا اذن سابق لازم است؟ یا اجازهٔ لاحق هم کفایت می کند؟

اوّل می فرمایند: احتمال دارد کسی بگوید: در بیع مملوك فقط باید اذن سابق باشد وگرنه اجازهٔ بعدی کافی نیست، ومانحن فیه با باب بیع مکره و فضولی فرق دارد، و آن اینکه: در بیع فضولی و مانند آن اجازهٔ مالک اصلی که بعداً ملحق می شود، به مضمون و مفاد عقد تعلّق می گیرد، یعنی به نقل و انتقال عوضین بار می شود، و نقل و انتقال عوضین زمام امرش به دست مالک اصلی است اگر اجازه داد محقّق می شود واگر ردّ کرد محقّق نمی شود، و مالک چنین حقّی دارد.

ولی در عقد مملوك اجازه به مضمون عقد، به نقل و انتقال، به عوضین تعلّق نمی گیرد، زیرا ای چه بسا مولی بکلّی از عوضین و ثمن و مثمن اجنبی است [آنجا که عبد از طرف فرد ثالث وکیل شده یا فضولیاً برای دیگری غیر از مولی انشاء عقد کرده که زمام امر عوضین دست صاحبان آنها است و ربطی به مولی ندارد.]

و تنها حقّی که دارد نسبت به خود انشاء عقد و به زبان آوردن این کلمات از سوی عبد است که ملک او بوده و در زبان عبد که ملک مولی است تصرّفی شده،

اینهم که علی الفرض روز اوّل استقلالاً و بدون اطلاع مولی محقّق شد و معدوم شد [چون الفاظ اینگونه هستند.] و چیزی که مستقلّاً واقع شد و سپری شد دیگر امکان ندارد که آن را غیرمستقل ساخته و از حالت اوّلی اش درآوریم لانّ الشیئی لاینقلب عمّا وقع علیه، اینست که شاید کسی گمان ببرد که در عقد مملوك اجازهٔ بعدی کارگر نیست و حتماً باید اذن سابق باشد.

قوله: الاّ انّ:

ولی با وجود احتمال مذکور نظر مبارك شیخ اعظم آنست که: اجازهٔ لاحق هم کفایت نموده و لزومی ندارد که حتماً اذن سابق باشد، و این مدّعا را با سه دلیل به اثبات می رسانند:

دلیل اوّل: عمومات و اطلاقات وفاء به عقود: [اوفوا بالعقود، احلّ اللّه البیع و ...] کیفیت استدلال: این عمومات و اطلاقات چهار نوع انشاء و عقد و ایقاع را شامل است:

۱ـ معاملات احرار و انسانهای آزاد.

۲ـ معاملات ممالیک بااذن سابقِ مولی.

۳ـ معاملات ممالیک بااجازهٔ لاحقِ مولی.

۴ـ معاملات ممالیک بدون اذن سابق و اجازهٔ لاحق بلکه استقلالی.

ولی خصوصاتی داریم درباب معاملهٔ مملوك [بیع و نکاح و طلاق و ...] مبنی بر اینکه: انشائات ممالیک بدون دخالت مولی تأثیر ندارد حتماً باید مولی در آن نقش داشته باشد، آنگاه می گوئیم:

اوّلاً این ادلّه خاصّه نص یا ظاهرند در اینکه اجازهٔ لاحق هم کافی است و آنکه اشکال دارد نوع چهارم است که عبد استقلال داشته باشد و تنها همین نوع استثناء شده است.

و **ثانیاً** بر فرض اینکه مردّد باشیم که آیا نوع سوّم هم استثناء شده یا نه از

عمومات و اطلاقات استفاده می کنیم [از عموم در دو باب استفاده می شود: یکی در شکّ در اصل تخصیص و تقیید. و دیگری در شک درتخصیص زائد، ومانحن فیه من هذا القبیل و نامش شبههٔ مفهومیّه و مخصّص منفصل و اقل و اکثر است که حتماً نسبت به اکثر از عموم عام که بلامزاحم است استفاده می شود.]

قوله: ویؤیّد:

بیان دوّم بر اینکه مراد از اذن اعمّ از سابق و لاحق است و اجازهٔ بعدی هم کافی است صحیحهٔ زراره است که در آغاز مسئله آوردیم، به این بیان: در آن روایت آمده بود: «المملوك لایجوز نکاحه وطلاقه الاّ باذن سیّده» ولاشکّ در اینکه در باب نکاح هم اجماعی است و هم روایاتی داریم [در بیان سوّم و در ادامه خواهد آمد] که اذن سابق لازم نیست و اجازهٔ لاحق هم کافی است، آنگاه آن روایات قرینه می شوند.

برای اینکه بگوئیم: مراد از اذن در حدیث اعمّ از سابق و لاحق است، سپس به ضمیمه عدم القول بالفصل بقیّهٔ انشائات و عقود را هم به باب نکاح ملحق کرده و می گوئیم: اذن سابق لازم نیست.

البته در صحیحهٔ مذکور طلاق عبد هم ذکر شده بود که باب طلاق مستثنی است و به دلیل خاص طلاق باید با اذن سابق باشد و توقّف بردار نیست که بگوئیم: اگر مولی اجازه کرد صحیح و اگر اجازه نکرد باطل. خیر طلاق اگر و مگر ندارد، از اوّل یا واقع می شود [با اذن مولی] و یا واقع نمی شود [بدون اذن سابق]

قوله: ولا یلزم:

اگر کسی بگوید: با توجه به اینکه طلاق اذن سابق می خواهد، پس چرا امام علیه‌السلام این ویژگی را بیان نکرد؟ آیا این تأخیر بیان از وقت حاجت نیست؟ و آیا تأخیر بیان قبیح نیست؟

در جواب می گوئیم: خیر تأخیر بیانی پیش نمی آید زیرا امام علیه‌السلام در این روایت در مقام بیان این مطلب است که: عبد استقلال ندارد و بدون مدخلیّت مولی کاری نمی تواند بکند و چنان نیست که محتاج به رضایت مولی نباشد و بلکه حتی با کراهت مولی هم بتواند عقدش مؤثر باشد.

و امّا اینکه دخالت مولی به نحو اذن سابق باشد یا اجازهٔ لاحق هم کافی است؟ از این حیث ساکت است و از ادلّه دیگر می فهمیم که در طلاق اذن سابق لازم است.

سئوال: از کجا گفتید: بلکه حتی با کراهت مولی ...؟

جواب: از اینجا که فرمود: الطلاق بید من؟ یعنی طلاق بدست کسی است که اختیار دار او باشد و دیگری بخواهد یا نخواهد او بتواند انشاء کند؟ یعنی صددرصد مستقل باشد، پس استقلال را می زند و کاری به خصوصیّاتِ اذن سابق و لاحق ندارد.

[**نکته**: چرا این بیان دوّم را به صورت مؤیّد آوردند؟ شاید علّت آن باشد که همانطوری که در باب نکاح به دلیل خاص اجازهٔ بعدی کافی است و آنها قرینه می شوند که مراداز اذن اعم باشد هکذا در باب طلاق دلیل خاص داریم که باید اذن سابق باشد و اینهم می تواند قرینه باشد براینکه مراد از اذن همان اذن سابق است نه اعمّ ولذا بیان مذکور دلیل نیست و مؤیّد است.]

قوله: و یؤیّد المختار بل یدلّ علیه:

بیان سوّم: روایاتی در رابطه با ازدواج عبد وارد شده که از آنها هم استفاده می شود که: خصوص رضایت سابق لازم نیست بلکه اجازهٔ لاحق هم کافی است، در این روایات سئوال از اینست که: عبدی بدون اذن مولایش ازدواج کرده است، آیا چنین تزویجی صحیح است یا باطل؟ امام علیه‌السلام فرموده: امر این ازدواج به دست مولی است و اگر مولی اجازه کرد جایز و نافذ و صحیح

خواهد بود والاّ فلا.

سپس تعلیلی هم در ذیل این روایات آمده: انّه لم یعص الله وانّما عصی سیّده فاذا اجاز جاز.

یعنی این عبد خداوند را نافرمانی نکرده [مثلاً با محارم که ازدواج نکرده] تنها سیّد و مولایش را نافرمانی کرده، پس اگر سیّد راضی شد و اجازه داد صحیح خواهد بود. [دو روایت در این رابطه هست که مرحوم شیخ با کلمهٔ «الروایه» نظر به یکی از آندو دارند و آن اینکه:

عن زرارة عن ابی جعفر عليه‌السلام قال: سالته عن مملوكٍ تزوّج بغير اذن سيّده فقال: ذاك الى سيّده ان شاء اجاز و ان شاء فرّق بينهما. قلت: اصلحك الله انّ الحكم بن عتيبة و ابراهيم النخعى واصحابهما يقولون: انّ اصل النكاح فاسد، ولا تحلّ له اجازة السيّد له، فقال ابوجعفر عليه‌السلام: انّه لم يعص الله وانّما عصى سيّده فاذا اجازه فهو له جائز.[1]]

تقریب استدلال: مرحوم شیخ به دو بیان از این روایات استفاده می کنند:

الف: صدر روایت و سئوال سائل داشت: مملوك تزوّج بغير اذن سيّده این جمله اطلاق یا عموم دارد و هریک از دو فرد زیر را شامل است:

۱ـ خود عبد که متزوّج است خودش هم عاقد است و برای خودش زنی را عقد کرده.

۲ـ دیگران که حرّ هستند زنی را به عقد او درآورده اند.

حذف متعلّق مفید عموم است و فرد اوّل را هم شامل است وهو المطلوب.

قوله: وحمل:

اگر کسی در بیان مذکور تشکیک کرده و بگوید: ما این روایت را برفرد ثانی یعنی آنجا که دیگری برای عبد عقد نکاح را خوانده باشد [که فضولی می شود]

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۴، ص۵۲۳، حدیث۱، باب ۲۴ من ابواب نکاح العبید والاماء.

حمل کرده و می گوئیم: مراد سائل این فرض بوده و جواب امام علیه السلام از این فرض است و روایت از ما نحن فیه [انشاء خود عبد] اجنبی است و لااقلّ این احتمال را می دهیم و اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال.

در جواب خواهیم گفت: العبرة بعموم الجواب: امام علیه السلام در جواب سئوال استفصال نکرد و نپرسید که آیا خود عبد عقد خوانده یا دیگری؟ اگر خودش خوانده حکمی دارد و اگر دیگری حکم دیگر دارد و... بلکه بقول مطلق فرمود: ذاك الی سیّده ان اجاز جاز... وترك استفصال مفید عموم است، حذف متعلّق مفید عموم است و... پس ما نحن فیه را هم [که خودش عاقد باشد] شامل است و دلالت دارد که اینهم موقوف براجازهٔ بعدی است پس رضایت بعدی کفایت می کند و اذن قبلی لازم نیست.

آنگاه وقتی حکم نکاح عبد معلوم شد، به ضمیمه عدم القول بالفصل حکم سایر انشائات او نیز روشن می شود که منوط به رضایت مولی است چه سابق وچه لاحق.

ب: قوله: مع انّ:

در ذیل روایت و در ردّ کلام بعض العامّه [حکم بن عتیبة و ابراهیم نخعی و...]

امام علیه السلام تعلیلی ذکر کرده و منظور امام علیه السلام آنست که: معصیت دو گونه است:

۱ـ معصیت خداوند: مثلاً برمحرّمات عقد بخواند و زنی را در حال عدّه و مانند آن برای خود عقد کند.

[در برخی روایات این مثال را آورده و آن اینست:

عن زرارة عن ابی جعفر علیه السلام قال: سالته عن رجل تزوّج عبده بغیر اذنه فدخل بها ثم اطلع علی ذلك مولاه فقال: ذلك الی مولاه ان شاء فرّق

بینهما و ان شاء اجاز نکاحهما، فان فرّق بینهما فللمرأة ما اصدقها الاّ ان یکون اعتدی فاصدقها صداقاً کثیراً فان اجاز نکاحه فهما علی نکاحهما الاوّل فقلت: لابی جعفر علیه السلام فانّه فی اصل النکاح کان عاصیا فقال ابوجعفر علیه السلام: انّما اتی شیئاً حلالاً ولیس بعاصٍ للّه، وانّما عصی سیده، ولم یعص الله، انّ ذلك لیس کاتیانه ما حرّم الله تعالی علیه من نکاح فی عدّة واشباهه[1]].

اگر این باشد قطعاً عقد باطل است زیرا معقول نیست بگوئیم: این عقد منوط به اجازه و رضایت خداوند است، خداوند هیچگاه به معصیت راضی نیست و همیشه نسبت به آن کاره است چه قبل از وقوع و چه پس از وقوع، و اگر هم خدای ارحم الراحمین از سر تفضّل و مرحمت عقاب نکند، یا شخص عاصی توبه کند و خداوند او را عفو کند، باز به معنای رضایت خدا به آن کار نیست، بلکه از آن کار همچنان متنفّر است و مبغوض می دارد ولی عقاب نمی کند.

۲ـ معصیت مولی: یعنی خدای را نافرمانی نکرده بلکه از مولای خویش سرپیچی کرده و او را معصیت نموده [یا منظور اینست که: نفس عدم اذن و بی اعتنائی به مولی و کسب تکلیف نکردن از او جرأت بر مولی و معصیتِ او است.

و یا مراد اینست که: واقعاً نهی سابقی بوده و مولی جلوتر او را از این تزویج منع کرده بود و معذلک او اقدام کرده و با نهی مولی مخالفت کرده] و معصیت مولی با رضایت بعدی قابل جبران است، پس اگر بعداً راضی شد و آن را اجازه کرد صحیح است.

حاصل کلام اینکه: اگر عمل فی نفسه از اعمالی نیست که شرعاً منهی عنه باشد بلکه صرفاً منهی به نهی سیّد و مولی است قابلیت دارد که رضایت به آن

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۴، ص۵۲۳، باب ۲۴ من ابواب نکاح العبید والاماء حدیث۲.

ملحق شـود و اینکه بعـضی از اهل سنّت معـصیت سیّد و مـولی را به مـعـصیت خداوند قیاس کرده و مدّعی شده اند که : اصل نکاح فاسد است و اجازه هم کاری نمی تواند بکند، قیاس مع الفارق است .

چرا که در معصیت خداوند رضایت بعدی معقول نیست ولی در معصیت سیّد معقول است و صحّت دائر مدار اذن و رضای مولی است . نه اینکه مطلقاً باطل باشد و یا مطلقاً صحیح باشد. ضمناً قانون اینست که : العلّة تعمّم یعنی حکم مذکور مخصوص باب نکاح نیست در سایر عقود هم مطلب از همین قرار است که هر جا معصیت خدا نشود و فقط معصیت مولی باشد بالحوق اجازه و رضا مشکل حلّ می شود و معامله صحیح است .

[نکته : وجه تعبیر به یؤیّد بل یدلّ آنست که : یؤیّد به اعتبار بیان اوّل است که احتمال حمل بر عقد الغیر داشت ، اگر چه آن احتمال ردّ شد و بهتر آنست که یدلّ مَی فرمود ، و یدلّ به اعتبار بیان دوّم و تعلیل ذیل است .]

قوله : ومن ذلك :

در مجموع در رابطه با انشائات عبید و اماء سه نظریّه قابل ذکر است :

۱ـ مطلبی که قبلاً به صورت : فیحتمل ... آوردند و حاصلش آن بود که : برای صحّت انشائات ممالیک اذن سابق لازم است و اجازهٔ بعدی کافی نیست .

۲ـ نظریّه شیخ اعظم این شد که : عبد در این امور استقلال ندارد و حتماً باید مُهر و امضاء مولی پای عقد او باشد ولی لازم نیست اذن سابق باشد بلکه اجازهٔ لاحق نیز کفایت می کند .

۳ـ عقیدهٔ بعض[1] [مرحوم صاحب جواهر ره] آنست که : اصولاً عقد و ایقاع عبد صحیح است و وی در این جهت استقلال دارد و نیازی به امضاء و رضایت مولی نیست ، بلکه راضی باشد یا نباشد ، رضایت هم که دارد رضای

---

(۱) جواهر الکلام، ج۲۲، ص۲۷۱، سطر۴ .

سابق باشد یا لاحق، در هر صورت عقد عبد صحیح است، و بلکه حتّی اگر نهی صریح هم بکند و بگوید: حقّ نداری در زبانت که ملک من است تصرّف کنی و انشاء عقد نمائی باز عقد ازدواج او صحیح است، و از همین روایات معصیت سیّد این مطلب را درآورده.

به این بیان: حداکثر اینست که بر فرض نهیی باشد اگر عبد از آن سرپیچی کرد گناهکار است ولی نهی در معاملات مطلقاً [حتی نهی شرعی و مولوی].

و یا مطلقاً یعنی نهی سیّد اعمّ از اینکه به خود معامله بار شود یا به عنوانی خارج از معامله و خصوصاً یعنی مخصوصاً در مانحن فیه که به عنوان تصرّف در لسان بار شده که خارج از معامله است. دالّ بر فساد نیست تا چه رسد به نهی مورد نظر که نهی سیّد است و با رضای بعدی قابل جبران است. پس بر فرض وجود نهی اگر انشاء عقد کند کار حرامی کرده و مستحق عقوبت است و حکم تکلیفی دارد، ولی کار باطل و فاسدی نکرده و عقدش باطل نیست.

پس مطلقاً انشاء عبد صحیح است و وی استقلال دارد. [اگر چه بهتر آنست که با رضایت مولی باشد.]

قوله: فی غیر محلّه:

مرحوم شیخ در جواب صاحب جواهر می فرماید: استشهاد شما به این روایات بی مورد است [و شبیه اجتهاد در مقابل نصّ است.] زیرا یکبار دیگر برگردید و روایات را مرور کنید خواهید دید که سر تا پای روایات تصریح دارند به اینکه: صحّت و جواز نکاح مذکور منوط و معلّق به اجازه است و با انْ یا اذا شرطیه فرموده: فاذا اَجاز، جاز، یعنی حتماً معلّق است و مفهومش آنسَت که: اگر اجازه نکند جواز و صحّتی هم نیست.

با وجود این بیان صریح چگونه می فرمائید: اجازه لازم نیست، و ردّ و مخالفت مولی هم کارساز نیست؟!

قوله: ودعوی:

اگر صاحب جواهر یا هر فقیهی بفرماید: در رابطه با انشائات عبد دو چیز مطرح است:

۱ـ نفس انشاء او که عقد یا ایقاعی از زبان او صادر می شود.

۲ـ مُنْشَئ یا مضمون عقد که مثلاً تزویج یا ملکیّت و ... باشد.

و روایات که فرمود: ذاك الی سیّده فاذا اجاز جاز ... مربوط به دوّمی است یعنی مولی مضمون و مفاد عقد را امضاء کند که بالاجماع منوط به امضاء او است وگرنه تزویجی محقّق نمی شود. و نسبت به اوّلی روایات ساکت است و از اطلاقات و عمومات استفاده می کنیم که نفس انشاء منوط به اجازه نیست و بدون آنهم صحیح است.

قوله: حتّی:

گویا کسی می پرسد: ثمرهٔ این مطلب کجا ظاهر می شود؟

در جواب می گوید: گاهی عبد برای خودش یا مولایش عقدی می خواند در اینجا ثمره ای ندارد، زیرا حتماً باید مولی اجازه کند و لافرق که اجازه به مضمون عقد تعلّق بگیرد یا به خود عقد و انشاء.

ولی گاهی فضولیّاً یا به عنوان وکالت برای شخص ثالث عقدی می خواند در اینجا ثمره دارد زیرا اگر روایات مربوط به دوّمی باشد و مضمون عقد را مولی اجازه کند، اینجا مضمون عقد ربطی به مولی ندارد و اجازه نمی خواهد، اگر هم بخواهد اجازهٔ شخص ثالث را لازم دارد، ولی اگر به خود انشاء بخورد، آن مربوط به مولی و منوط به اجازهٔ او است. پس ثمره هم دارد.

قوله: مدفوعة:

مرحوم شیخ می فرماید: این ادّعا باطل است زیرا از طرفی تعلیل مذکور در روایات دلالت داشت که هر آنچه منوط و متوقف به مراجعه به مولی است و

انجام آن بدون مراجعه به مولی معصیت است، در تمام اینها رضایت مولی به فعل کافی است ولو رضای بعدی، و از طرفی هم مفروض بحث ما اینست که: عقد هم چه لنفسه و چه لغیره از این آمور است.

[زیرا آیه و روایت صدر بحث می فرمود: عبد بر هیچ چیزی قادر و مستقل نیست و عقد هم شیئی است، پس باید منوط به اجازه و رضایت مولی باشد، نتیجهٔ دو مطلب آنست که انشائات عبد هم باید با رضایت مولی باشد آنهم اعمّ از رضای سابق یا لاحق.

قوله: ثمّ انّ:

در ضمن سخنان صاحب جواهر به این مطلب اشاره شده بود که

[غاية الامر هو عصيان العبد واثمه فى ايقاع العقد والتصرّف فى لسانه الذى هو ملك للمولى لكن النهى مطلقاً لايوجب الفساد خصوصاً ...].

حال این بیان مشعر است به اینکه: صاحب جواهر پنداشته که مستَند مشهور در حکم به بطلانِ انشائات عبید آنست که: وی معصیتِ مولی کرده و در ملک او یعنی زبانش تصرف کرده و چنین تصرّفی و تلفّظی حرام است، و حرمت هم مستلزم فساد است.

براساس همین پندار درصدد اعتراض برآمده و فرموده: چنین نهی و حرمتی موجب فساد و بطلان نیست.

مرحوم شیخ می فرماید: ما از این پندار و تبعات آن سه جواب می دهیم:

۱ـ ما اصل حرمت و حکم تکلیفی اینگونه تصرّفات جزئی و ناچیز را قبول نداریم، یعنی اینکه به صرف تلفّظ به الفاظ عقد بدون اذن مولی، استحقاق عقوبت برای عبد ثابت شود قابل قبول نیست، زیرا که سیرهٔ مستمرّه بر جواز چنین تصرفات و مکالماتی قائم است [عبید هم روزمرّه و در کوچه و بازار و در محلّ کار با دیگران حرف می زنند و سئوال و جواب و مکالمه دارند و اَحَدی

نفرموده: عبید حق ندارند یک کلمه بر زبان بیاورند آنهم بدون اینکه به خدمات و فعالیتهای آنها برای مولی صدمه ای وارد شود. اگر بخواهند سلامی هم بکنند باید اجازه بگیرند؟!]

پس اینگونه تصرّفات قطعاً جایز است، و بلکه برخی از مشاغل و تصرّفات فعلی و عملی هم اگر جزئی و ناچیز باشد جایز و بلامانع است، مثل آب خوردن، قضاء حاجت کردن، اعانت فردی بر کار جزئی و ... اینها که محذوری ندارد، پس انشاء و عقد خواندن هم حرام نیست تا نوبت به فساد و بطلان برسد.

۲ـ بر فرض حرمتِ تصرّف در زبان به جهت ملک مولی بودن، می گوئیم: از بدیهیّات است که چنین حرمتی مستلزم فسادَ نیست [زیرا که اگر نخی به ذات المعامله یا به جزء آن یا به شرطی از شروط آن تعلّق بگیرد، ارشاد به فساد و بطلان است و قطعاً چنین نهیی دالّ بر فساد است، ولی اگر به یک عنوانی خارج از معامله ولی مقارن با انشاء عقد تعلّق بگیرد چنین نهیی دالّ بر فساد نیست ومانحن فیه از این قبیل است زیرا نهی به تصرّف در لسان تعلّق گرفته که با انشاء عقد مقارن و همزمان است.]

آنگاه اصلاً گمان برده نمی شود که مدرك و مستند حضرات مشهور در حکم به بطلان انشاء عبد، حرمت تصرّف در لسان باشد، پس آنها مرادشان این نیست و از این باب حکم به فساد نمی کنند تا شما اشکال کرده و بفرمائید: چنین حرمتی موجِب فساد نیست.

۳ـ شما فرمودید: چون انشاء بدون اذن حداکثر تصرّف در لسان است و آنهم معصیت مولی است لذا موجب فساد نیست یعنی تصرّف در لسان چون معصیت مولی است قادح نیست. مقتضای این سخن آنست که: اگر تصرف در لسان سبب معصیت خدا شود حتماً قادح و مبطل است در حالی که بالاجماع نیست و این لازم و مقتضای کلامتان باورکردنی نیست، زیرا نمونه هائی داریم که کلام

سبب معصیت شارع مقدّس شده ولی موجب بطلان معامله نیست :

الف : اگر کسی در اثناء نماز واجب با قصد و اختیار بگوید : بعتُ یا اشْتریتُ و ... قطعاً چنین کلامی حرام است چون مبطلِ نماز واجب است و قرآن فرموده : لاتبطلوا اعمالکم ، ولی احدی فتوی به بطلان عقد مذکور نداده است .

ب : اگر کسی در اثناء قرائت مضیّقه [قرائتی که وقت آن ضیق است مثلاً نذر کرده که تمام این ساعت را به قرائت قرآن سپری کند .] عقدی را انشاء کرد باز معصیت کرده و حنث نذر کرده و مخالفت با نذر حرام است ولی احدی نگفته این انشاء باطل است .

ج : در مثل قرائت مضیّقه یعنی دعاء مضیّق هم مطلب از این قرار است .

نتیجه : مشهور که فتوی به بطلان انشائات عبد بدون اذن سیّد داده اند از این باب نیست که این انشاء معصیت مولی است و حرام است و مستلزم فساد است .

قوله : فالتحقیق :

تحقیق مطلب آنست که : مستَند و مدرك مشهور در حکم به بطلان عبارتست از :

۱ـ آیهٔ شریفهٔ صدر این مسئله که فرمود : عبداً مملوکاً لایقدر علی شیئی ، به بیانی که گذشت .

۲ـ روایاتی که می فرمود : عبد در امورش استقلال ندارد و کار او ماضی و نافذ و گذرا نیست مگر با اذن و رضایت مولی باشد که تصریح داشت : المملوك لایجوز نکاحه و ... الاّ باذن سیّده ، یا می فرمود : انْ اجاز جاز ، یا اذا اجاز جاز و ... . و این دلائل متقن و غیرقابل ردّ است .

فرع :

اگر شخص ثالثی به عبدی پولی بدهد و به او امر کند که برو و خودت را برای

من خریداری کن، و خلاصه: برای عبد انشاء توکیل در شراء خود عبد کند، و عبد هم بدون اذن و اطلاع مولی این وکالت را قبول کند، بلاشک باید این قبول وکالت با اذن و رضای مولی باشد وگرنه صحیح نیست، ولی فعلاً سخن در اینست که: این فرع دو شعبه دارد:

۱ـ شخص ثالث عبد را وکیل می کند و بدو امر می کند که: خودت را از مولایت خریداری کن.

۲ـ شخص موکّل به عبد دستور می دهد که: خودت را از وکیل مولایت خریداری کن.

امّا بخش اوّل: سه فرض دارد:

۱ـ قبل از بیع و شراء، مولی صریحاً وکالت مزبور را امضاء کند و بگوید: امضیت وکالتک، و بدنبال آن بگوید: بعتک ... و عبد هم بگوید: اشْتریتُ نفسی و ... چنین بیعی قطعاً صحیح و لازم است زیرا با امضاء وکالت، عبد وکیل عرفی و شرعی می شود و معامله کمبودی ندارد.

۲ـ مولی اذن صریح در توکیل عبد نداده ولی همینکه عبد را به بازار آورده و درمعرض فروش قرارداده، خودش رضایت به وکالت هم هست [زیرا برای مولی و به حال او فرقی ندارد که اجنبی مستقیماً عبدش را خریداری کند یا به عبد وکالت در شراء بدهد.] حال اگر بگوئیم: همین رضایت کذائی هم کافی است و جای اذن صریح را پر می کند باز بیع و شراء صحیح و لازم است.

۳ـ بلکه اگر پیش از انشاء بیع اصلاً رضایتی نبوده نه به صراحت و نه به تعریض للبیع و با نفس ایجاب رضایت به توکیل درست شود [به اینکه اجنبی عبد را وکیل کرد و وی نزد مولی رفت و از او خواست که خودش را به او بفروشد و مولی هم گفت: بعتک ...] باز ممکن است بگوئیم: خود ایجاب بیع از سوی مولی نوعی رضایت ضمنی و تبعی به وکالت است، پس باز هم بیع صحیح و

لازم است.

و تنها اشکالی که هست اینکه: پس از ایجاب رضایت به وکالت مسلّم شده و از حالا به بعد عبد قابلیّت شراء را پیدا کرده و از اوّل نداشته پس از اوّل تا آخر عقد واجد شرط نبوده و شاید عقدش باطل باشد.

ولی به عقیدهٔ مرحوم شیخ در مانحن فیه لازم نیست از آغاز تا انجامِ عقد واجد شرط باشد بلکه در اثناء هم که قابلیّت بیاید کافی است و نظیر هم دارد که اگر شخص فضولی هزار تومان از مال کسی بردارد و با آن درصدد خریدنِ متاعی برای مالک اصلی برآید و وارد بازار شود و در مقام شراء، صاحب متاع ایجاب را هم انشاء بکند که تا این لحظه خریدار فضولی است ولی در این اثناء مالک اصلیِ ثمن از راه رسید و به فضولی وکالت در شراء داد و او گفت: اشتریت ... همین اندازه کافی است و معامله از فضولی بودن درآمده و محتاج به اجازهٔ بعدی نیست.

قوله: وعن القاضی:

در برابر نظر ما و مشهور که حکم به صحّت توکیل مذکور و سپس بیع مذکور کردیم، جناب قاضی ابن برّاج فرموده: چنین معامله ای باطل است به این دلیل که: عبارت عبد با عبارت مولی یکی است [چون عبارت او به منزله عبارت مولی است پس گویا اشتریت را هم خود مولی گفته] و در نتیجه موجب و قابل متحد و یکی می شوند و این مُخلّ به بیع است.

مرحوم شیخ به سه بیان این سخن را ردّ می کنند:

۱ـ جواب نقضی: آنجا که مولی اذن صریح در توکیل بدهد و سپس بیع و شراء انجام بگیرد، شما و همه فرموده اید: صحیح است در حالی که اشکال شما در اینجا هم هست که: عبارت عبد عبارت مولی است و اتّحاد موجب و قابل پیش می آید ... هر جوابی در این فرض دادید، ما هم در فرض شما می دهیم.

۲ـ اصل اتّحاد موجب و قابل یا اتّحاد عبارتین را قبول نداریم [زیرا عبارتها که یکی بعتُ و دیگری اشْتریت است، و موجب و قابل هم دو نفر هستند یکی مولی و دیگری عبد، آری عبد به منزلهٔ مولی است نه عین او تا اتّحادی پیش آید.]

۳ـ بر فرض اینکه موجب و قابل متحد شوند، اینکه خللی وارد نمی کند و مکرّر گفته شده که یک نفر می تواند هم موجب و هم قابل باشد منتها به دو اعتبار، به یک اعتبار که اصیل است و از سوی خود می فروشد موجب است و به اعتبار اینکه وکیل است و برای دیگری خریداری می کند قابل است. اینکه محذوری ندارد.

و امّا **بخش دوّم**: اگر عبد را وکیل کنند که از وکیل مولی خود را خریداری کند چه حکمی دارد؟

عدّه ای از فقهاء منجمله: محقق ثانی[1] و شهید ثانی[2] فرموده اند: این معامله صحیح نیست زیرا که از سوی مولی ولو ضمناً و تبعاً اذن در وکالت صادر نشده و تا وکالت عبد محرز نشود قابلیّت انشاء عقد و قبول بیع را ندارد، آری مولی شخصی را وکیل در بیع عبد کرده ولی این وکالت در بیع انصراف دارد به بیع عبد به دیگران نه به خود عبد، پس دائرهٔ اذن این فرض را شامل نیست. و در نتیجه شراء عبد باطل است.

ولی مرحوم صاحب جواهر براساس برداشتی که در اصل مسئلهٔ انشائات عبد داشت در اینجا هم فرموده: بر فرض که عبد اذن در قبول وکالت نداشته و کار حرامی کرده و معصیت مولی کرده ولی وکالت او باطل نمی شود و نهی دالّ بر فساد نیست، پس باید معامله اش هم صحیح باشد[3].

---

(۱) جامع المقاصد، ج۴، ص۶۸.
(۲) مسالک الافهام، ج۱، ص۱۷۱.
(۳) جواهر الکلام، ج۲۲، ص۲۷۱.

ولی مرحوم شیخ در جواب می فرماید: قبلاً معلوم شد که: مستند فسادَ وکالتِ عبد بدون اذن مولی مسئله حرمت و معصیت و بدنبال آن فساد نیست بلکه آیات و َروایاتی است که دالّ بر عدم استقلال عبد در امورش بود ... و به حکم آنها قبول وکالت عبد باطل و سپس شراء او هم باطل می شود.

(۷)
(مالک یا مأذون بودن متعاقدین)
(مسئله پنجَم)

تا به حال طیّ چهار مسئلهٔ گذشته شش شرط از شروط متعاقدین ذکر شد:

۱ـ هر دو بالغ باشند.

۲ـ هر دو عاقل باشند.

۳ـ هر دو قاصد مدلول باشند.

۴ـ هر دو مالکین را تعیین کنند.

۵ـ هر دو مختار باشند.

۶ـ اگر متعاقدین یا احدهما عبد است باید اذن سیّد باشد.

و اینک شرط هفتم از شروط متعاقدین را مورد بحث و بررسی قرار می دهیم، و آن اینکه: متعاقدین یعنی موجب و قابل یا باید هر دو مالک اصلی باشند [مثلاً موجب مالک اصلیِ خانه است و قابل هم مالکِ اصلیِ ثمن و مستقیماً خودشان بیع و شراء را انشاء می کنند.] و یا مأذون و مجاز باشند، که خود این دو شعبه دارد:

الف: از ناحیهٔ مالک اصلی اذن داشته باشند، مثل موارد وکالت.

ب: از جانب شارع مقدس اجازه داشته باشند، مثل موارد ولایت [ولایت پدر و جدّپدری و حاکم شرع و عدول مؤمنین و گاهی فسّاق از مؤمنین و ... که مبسوطاً خواهد آمد.]

و بالجمله: یکی از شروط آنست که: متعاقدین یا هر دو مالک باشند و یا هر دو وکیلِ مالک و یا هر دو ولّیِ مالک، و یا یکی مالک اصلی و دیگری وکیلِ مالک دیگر و یا یکی مالک و دیگری ولّیِ مالک دیگر و یا یکی وکیل مالکی و دیگری ولّیِ مالک دیگر باشد تا عقدشان صحیح و منشأ اثر باشد.

متفرّع بر شرط مذکور: پس عقد و انشاء فضولی [هر دو طرف فضولی باشند و یا یکی از آندو فضولی باشد که با اصیل یا قائم مقامِ او معامله می کند.] صحیح نیست [چون نه مالک اصلی است و نه وکیل و نه ولّی].

قوله: ای لایترتّب:

مرحوم شیخ در مقام تفسیر کلمهٔ لایصحّ برآمده و می فرمایند: منظور از عدم صحّت عقد فضولی آنست که: آنچه بر عقد غیرفضولی [مالک - وکیل - ولی] مترتّب می شود، آن چیز بر عقد فضولی مترتب نیست.

سئوال: فلسفهٔ این تفسیر چیست؟

جواب: متبادر از کلمهٔ لایصحّ آنست که: عقد فضولی از ریشه فاسد و باطل و لغو باشد و با اجازهٔ بعدی هم تأثیر نکند، در حالی که این ظاهر مراد نیست، بیان ذلک: شرائط صحّت در تقسیمی دو دسته می شوند:

۱ـ شروطی که اگر باشند عقد صحیح و مؤثر است و اگر نباشند عقد به کلّی باطل و لغو و وجودش کالعدم است مثل بلوغ و عقل و قصد مدلول که اگر متعاقدین بالغ و عاقل و قاصد باشند عقد و انشاء آنها دارای اثر است و اگر صبّی و مجنون و غیرقاصد باشند عقد کلاً باطل است و اینان مسلوب العبارة هستند. کما مرّ مفصّلاً.

۲ـ شروطی که اگر باشند عقد صحیح و مؤثر است، ولی چنین نیست که اگر نبودند عقد کلاً نابود و باطل شود بلکه با نبود آن شروط، عقد موقوف و معلّق و مراعی است، فی المثل اگر متعاقدین مختار بودند عقدشان صحیح است ولی اگر مکره بودند عقدشان صحیح نیست یعنی موقوف بر اجازه و رضایت بعدی است. و مثل عقد عبد که اگر متعاقدین انسانهای حرّ و آزاد باشند عقدشان صحیح است ولی اگر مملوك باشند عقدشان موقوف به امضاء سیّد است.

وما نحن فیه از این قبیل است یعنی اگر متعاقدین مالک یا وکیل یا ولّی باشند عقدشان صحیح است ولی اگر فضولی باشند عقدشان صحیح نیست نه یعنی باطل و لغو است بلکه یعنی آنچه بر عقد مالک بار می شود بر این عقد مترتب نیست.

سئوال: آنچه بر عقد مالک و مأذون بار می شود چیست؟

جواب: در عبارت مرحوم شیخ کلمهٔ منَ اللزوم آمده که بیان ما یترتب است، و ظاهرش اینست که: عقد مالک لزوم آور است ولی عقد فضولی چنین نیست، باز اینجا توضیحی لازم است:

کلمهٔ لزوم معمولاً در مقابل صحّت بکار می رود و شرائط از یک زاویه دو دسته می شوند:

۱ـ شروط اصل صحّت: یعنی شروطی که اگر نباشند عقد فاسد و باطل می شود، مثل بلوغ ـ عقل و ... .

۲ـ شروط لزوم: یعنی شروطی که اگر هم نباشند عقد صحیح است ولی وجوب وفاء ندارد و قابل فسخ است ولی با بود آن شروط عقد لازم گردیده و غیرقابل فسخ می شود، مثل انقضاء مدّت خیار علی المشهور. حال تعبیر به لزوم و اینکه عقد مالک مفید لزوم است و عقد فضولی لزوم آور نیست، ظاهرش آن است که عقد فضولی هم از اوّل صحیح است ولی تا اجازهٔ مالک نیامده لازم نیست، در حالی که **قطعاً** این مراد نیست زیرا احدی نفرموده: عقد فضولی از اوّل

به طور حتم و جزم صحیح است بلکه عدّه ای آن را به طور کلّی باطل می دانند و اجازهٔ لاحق را هم مؤثر نمی دانند [کما سیأتی] و مشهور هم آن را موقوف و متزلزل و معلّق بر اجازه می دانند که اگر مالک اصلی اجازه کرد صحیح و اگر ردّ کرد فاسد است. پس کسی طرفدار صحّت از اوّل امر نیست، پس منظور شیخ از لزوم و عدم لزوم چیست؟

مرحوم شهیدی در حاشیه فرموده[1] یا باید کلمهٔ من اللزوم را حذف کنیم و یا به جای لزوم کلمهٔ اثر را بگذاریم و بگوئیم: من الاثر و یا اگر خود کلمهٔ لزوم را حفظ کنیم ناچار باید بگوئیم: این تعبیر کنائی است و کنایه از صحّت فعلیّه است.

بیان مطلب: صحّت در تقسیمی دو قسم می شود:

۱ـ **صحّت فعلیّه**: یعنی به مجرّد عقد بالفعل صحت و تأثیر محقّق شود، که در عقد مالک و مأذون هست چه از اوّل لزوم هم بیاید و چه لزوم نیاید مثل موارد ثبوت حقّ الخیار.

۲ـ **صحّت تعلیقیّه**: یعنی به مجرّد عقد صحت نیامد ولی بطلان هم نمی آید بلکه هر کدام معلّق به آینده است: اگر بعداً مالک اصلی اجازه کرد صحّت فعلی می شود و اگر ردّ کرد بطلان جزمی می شود.

حال مراد از لزوم همان صحّت فعلی است و وقتی می گوئیم: عقد مالک و قائم مقام او صحیح است یعنی صحت فعلیّه دارد، و عقد فضولی صحیح نیست یعنی صحّت فعلیّه ندارد نه اینکه صحّت تعلیقی هم نداشته باشد. **سئوال**: چگونه لزوم کنایه از صحّت فعلیّه است؟

جواب: مرحوم شهیدی فرموده: للملازمة بینها «صحت فعلی» و بین اللزوم لو خلّی وطبعه لما قرّر فی محلّه من انّ الاصل فی البیع هو اللزوم.[2]

---

(۱) هدایة الطالب، ص۲۶۴.

(۲) آدرس قبلی.

و کنایه هم ذکر ملزوم و اراده لازم یا بالعکس و یا ذکر احد المتلازمین و ارادهٔ دیگری است.

پس مالک یا مأذون بودنِ متعاقدین شرط صحّت فعلیّه است نه شرط مطلق الصّحة حتی صحّت شأنیَ تا عقد فضولی باطل باشد.

قوله: وهذا مراد:

مرحوم علاّمه در قواعد فرموده:

مالک بودن یا به منزلهٔ او بودن [وکیل و ولّی] از شروط صحت معامله است. سپس با فاء تفریع فرموده: پس عقد فضولی موقوف بر اجازهٔ مالک اصلی است.(۱)

مرحوم محقّق ثانی در جامع المقاصد فرموده: این تفریع بی جا است، زیرا وقتی مالک یا مأذون بودن را شرط صحّت دانستید، قانون اینست که بگوئید: پس عقد فضولی صحیح نیست و باطل است. [زیرا اذا انتفی الشرط انتفی المشروط] نه اینکه بفرمائید: پس عقد فضولی موقوف است، این فرع شما با آن اصل سازگار نیست.(۲)

مرحوم شیخ می فرماید: از توضیحاتی که در تفسیر لایصّح قبلاً آوردیم روشن می شود که تفریع علاّمه به جا و اعتراض محقق ثانی بیجا است، زیرا منظور علاّمه هم از اینکه مالک بودن شرط صحت است یعنی شرط لزوم یا صحّت فعلیّه است، و متناسب با این شرط آنست که بگوید: پس عقد فضولی صحّت فعلی ندارد یعنی موقوف و معلّق است. و این اصل و فرع کاملاً سازگار و خالی از اشکال است.

قوله: وکیف کان:

---

(۱) ینابیع الفقیه، ج۱۴، ص۵۰۳.
(۲) جامع المقاصد، ج۴، ص۶۸ـ۶۹.

اعتراض محقق ثانی به علاّمه بجا باشد یا بیجا مهمّ نیست، مهمّ آنست که به سراغ مهمترین مسئلهٔ مورد بحث [مسئله معاملات فضولی] رفته و دربارهٔ آن بحث کنیم، فنقول: انشائات فضولی دو بخش دارد:

۱ـ ایقاعات او یعنی طلاق یا عتق فضولی: اینها قطعاً باطل هستند و اجازهٔ بعدی هم کارگر نیست منتها بحثی است که آیا بطلان ایقاع فضولی قانونی و روی قواعد است؟ یا تعبّدی و به حکم اجماع؟ مرحوم شیخ روی اجماع تکیه کرده و می فرماید: در کتاب غایة المراد بر بطلان مذکور ادّعای اجماع شده است، وعلی القاعده نتوان حکم به بطلان کرد.[1]

۲ـ عقود او یعنی بیع و نکاح و اجاره و ...: در میان فقهاء شیعه و سنّی در این رابطه اختلاف شده و اقوالی مطرح است. مرحوم شهیدی در حاشیه[2] چند قول را آورده که فهرست وار می آوریم:

۱ـ قول بالمنع مطلقاً نسب الی الشیخ فی الخلاف والمبسوط ... .

۲ـ وقول بالجواز مطلقاً نسب الی المشهور.

۳ـ وقول بالتفصیل بین البیع والشراء بالصحة فی الاوّل والبطلان فی الثانی ... .

٤ـ وقول بالتفصیل بین سبق النهی من المالك فیبطل وبین عدمه فیصحّ ... .

٥ـ وقول بالتفصیل بین بیع الفضولی لنفسه فیبطل وبین بیعه للمالك فیصحّ.

[٦ـ وقول بالتفصیل بین النکاح والبیع فیصحّ فی الاوّل ویبطل فی الثانی].

قوله: والمراد:

پیش از اینکه به اصل بحث وارد شویم و سه مسئله تشکیل داده و احکام بیع و یا عقد فضولی را بررسی کنیم لازم است ابتدا بحث موضوعی کرده و فضولی را بشناسیم:

---

(۱) ارشاد الطالب، ج۲، ص۲۶۹، این بحث را مطرح ساخته است.

(۲) هدایة الطالب، ص۲۶۵.

در المصباح المنیر می خوانیم: مادّهٔ فَضْلْ به معنای زیادی است و جمع آن فُضُولْ است مانند فلس و فلوس، ولی در مانحن فیه معنای جمعی منظور نیست، اگر فضول بدون یاء نسبت باشد وصف خود عقد و انشاء است و اگر با یاء نسبت یعنی فضولی باشد وصف شخص عاقد است البته گاهی به خود عقد هم نسبت داده می شود و وصف عقد واقع می شود و می گوئیم: عقد فضولی، بیع فضولی و ... .

ولی این از باب تسامح و مجازگوئی و از باب وصف به حال متعلّق شیئی است نه وصف به حال خود شیئی [زیدٌ ابوه فاضل نه زید نفسه فاضل] یعنی عقدی که عاقد آن فضولی است و فضولی در لغت اینگونه تعریف شده: «مَنْ یشتغل بما لایعنیه»[1] یعنی شخصی که خود را سرگرم کارهائی می کند که به درد او نمی خورد و او را به هدفش نمی رساند.

ولی در اصطلاح فقهاء دو تعریف برایش آورده اند:

۱ـ شهید که از فقهاء امامیّه است فرموده: فضولی عبارتست از انسان کاملی [بالغ و عاقل و قاصد و مختار] که مالک تصرّف نیست اعمّ از اینکه مالک عین باشد ولی محجور از تصرف باشد و یا اصلاً مالک عین نباشد، مالک عین هم که نیست اعمّ از اینکه غاصب و سارق باشد که ادّعای مالکیّت می کند و می فروشد [کما سیأتی] یا هیچکدام نباشد مثل کسی که در منزل نشسته و اتومبیل کسی را می فروشد، زنی را به عقد مردی درمی آورد و ... .

قوله: ولو کان غاصباً:

یعنی به نظر ما غاصب هم فضولی است با اینکه اصلاً مالک عین هم نیست، برخلاف علاّمه ره که غاصب را در مقابل فضولی آورده، بقول مرحوم شهیدی:

قال العلاّمه فی القواعد: فبیع الفضولی موقوف علی رأی وکذا

---

(۱) المصباح المنیر، ج۲، ص۱۵۰، مادّهٔ فضل.

الغاصب ... حیث انّ ظاهر العطف انّ بیع الغاصب غیر مراد من الفضولی[۱].

۲ـ بعض از فقهاء عامّه گفته اند: فضولی عبارتست از کسی که بدون اذن و اجازهٔ کسانیکه نیاز به اجازهٔ آنها داریم عقدی را می خواند [بدون اذن مالک، وکیل، ولّی] البته منظور هر دو تعریف یکی است.

قوله: وکیف کان:

مصادیق بیع فضولی:

۱ـ کسانی که غاصب و سارق اموال دیگران هستند اگر بر مال مغصوب و مسروق عقدی بخوانند و آن را برای خود بفروشند فضولی هستند.

۲ـ کسانی که غاصب و سارق نیستند ولی مالک هم نیستند باز اگر مال مردم را بدون اذن مالک بفروشند فضولی اند.

۳ـ دختر رشیدهٔ باکره هم اگر بدون اذن ولّی [پدر یا جدّ] با مردی ازدواج کند تزویجش فضولی است و منوط به اجازهٔ ولّی است. [البته علی المشهور که وی در عرض ولایت اَبْ و جدّ، ولایت بر نکاح خویش ندارد.] و دلیل شمول عقد فضولی نسبت به نکاح مذکور آنست که: فقهاء برای بطلان و فساد عقد فضولی به روایات وارده در باب نکاح باکرهٔ رشیده [که دالّ بر منع آن است] استناد کرده اند[۲] پس نکاح مذکور هم فضولی است.

۴ـ شخص راهن که فرش یا عین دیگری را وثیقه و گرو گذاشته و در اختیار مرتهن است، با اینکه مالک عین است ولی مالک تصرّف نیست و اگر بدون اذن مرتهن آن را فروخت فضولی خواهد بود.

۵ـ شخص سفیه هم اگر بدون اذن ولّی مالی از اموالش را بفروشد فضولی

---

(۱) هدایة الطالب، ص۲۶۶.

(۲) وسائل الشیعه، ج۱۴، ص۲۱۳ به بعد باب ۴ روایات وارده.

است.

۶ـ شخص مفلّس هم اگر بدون اذن غرماء و طلبکاران مالی از اموال خود را بفروشد فضولی است چون مال او متعلّق حق دیگران است و او محجور است و استقلال ندارد.

۷ـ عبد هم بنابر اینکه مالک بشود اگر مالی از اموال خویش را بدون اذن سیّد بفروشد فضولی است و موقوف بر اجازۀ مولی است.

۸ـ قوله: وکیف کان:

گاهی شخص فضولی یقین دارد که مالک راضی به بیع نیست و حتی نهی هم کرده در اینجا اگر صیغۀ بیع را اجراء کند قطعاً فضولی است. و گاهی یقین به کراهت باطنی مولی دارد ولی نهی قولی ندارد باز اگر اقدام کرد حتماً فضولی است. و گاهی نمی داند که مالک اصلی قلباً راضی است یا کاره است باز فضولی است.

و گاهی مالک اصلی به او اذن در بیع داده حال صریحاً و بالمطابقه بگوید: اذنتُ لک یا انت وکیلی فی البیع و یا به اذن فحوائی یعنی کلامی بگوید که بالملازمه دالِّ بر اذن باشد. اینجا هم قطعاً فضولی نیست.

انّما الکلام در فرضی است که: مالک اصلی باطناً و قلباً راضی به بیع است و نسبت به آن طیب نفس دارد ولی آن را اظهار و ابراز نکرده حال اگر اجنبی [غیرمالک و غیروکیل و ولّی] در این فرض و با یقین به رضای باطنیِ مالک اقدام کرد و بیع را انشاء کرد آیا چنین معامله ای فضولی و موقوف به اجازه است؟ یا از فضولی بودن خارج است؟

مرحوم شیخ در این رابطه چهار قدم برمی دارد:

قدم اوّل: ظاهر الاصحاب آنست که: این بیع هم بیع فضولی و موقوف به اجازۀ بعدی است به این دلیل که: صرف احراز رضایت باطنی که مجوّز نیست، و

انسان را مالک تصرّف و مسلّط بر مال نمی کند [والاّ باید در هر عالم هر کس یقین کرد فلانی راضی به بیع مالش هست حقّ داشته باشد بفروشد.] باید اظهار رضایت کند تا مجوّز باشد. [و دلیل عدم مالکیت اصل عدم مالک تصرّف بودن است.]

قوله: ویؤیّده:

علاوه بر دلیل مذکور دو مؤیّد هم می آوریم:

الف: فقهاء فرموده اند: شرط لزوم عقد [منظور همان صحّت فعلیّه است] آنست که: عاقد یا مالک باشد یا وکیل و یا ولّی، سپس فرموده اند: پس بیع فضولی لازم نیست. از اطلاق این تفریع می فهمیم که ولو رضای باطنی هم باشد باز فضولی است زیرا با احراز رضایت باطنی که فضولی مالک یا وکیل یا ولّی نمی شود، پس کما کان فضولی است.

ب: حضرات فقهاء برای صحت بیع فضولی به روایت عروهٔ بارقی [مبسوطاً این روایت خواهد آمد.] استناد کرده اند، در حالی که در مورد این حدیث مطلب از این قرار است که: عُروه علم به رضایت پیامبر اکرمﷺ داشته و معذلک علماء آن را فضولی دانسته و دلیل بر صحّت بیع فضولی گرفته اند، پس با احراز رضای باطنی از فضولی بودن خارج نمی شود.

قدم دوّم:

قوله: وان کان الذّی:

به عقیدهٔ ما عقدی که بر ملک کسی انجام می گیرد آنهم با رضایت باطنی و قلبیِ مالک موضوعاً از فضولی بودن خارج است و طبعاً نیازی به اجازهٔ بعدیِ مالکَ هم ندارد، و از نظر استفاده از ادلّه ما این قول را تقویت می کنیم، تنها ایراد این وجه آن است که: برخلاف اجماع و ظاهر الاصحاب است که این فرض را

هم بیع فضـولی شمرده اند، ولی اجتهـاد و استنباط مـا از ادلّه فضـولی نبـودن و محتـاج نبـودن به اجازهٔ بعـدی را تأیید می کند، و معتقـدیم که نفس همان رضـای باطنی مـالک کـه مقرون به عقـد بوده کفایت می کند، و در این جهت فرقی میـان سه فرض ذیل نمی گذاریم:

۱ـ عـاقد در حین عقد بداند کـه مـالک اصلی راضی است و طیب نفس مـالک برایش محرز باشد.

۲ـ حین العـقـد نمی دانست ولی بعد العـقـد کـاشف به عـمل آمـد کـه: مـالک راضی به بیع بوده.

۳ـ حتّی بعد العقد هم عاقـد نتوانست علم به رضایت مالک پیدا کند ولی خود مـالک بینه و بین اللّه توجّه دارد کـه حـین العـقـد راضی به مـعـامله بوده پس باید ترتیب اثر داده و به عقدش وفاء کند. پس ملاکِ بی نیازی از اجازهٔ بعدی و خروج از فضولی بودن عبـارتست از: رضـای باطنی و وجود واقعیِ آن نه وجود علمی و انکشافیِ آن.

قوله: لعموم:

مرحـوم شیخِ برای وجهی که تقویت کـردند دلائلی ذکر می کنند کـه مجموعاً هفت دلیل است:

[**۱ـ اطلاق آیهٔ بیع: ﴿احلّ‌الله البیع﴾**[1] به اطلاقش بیع مـورد فـرض مـا را هم شـامل است و هیچ دلیلی هم بر تقیید آن نداریم، پس به حکم اطلاق می گوئیم: عقد مذکور صحیح است و نیازی به اجازهٔ بعدی ندارد.]

۲ـ عموم آیهٔ وفـاء به عقد: ﴿اوفوا بالعقود﴾[2] به عمومش عقـد مورد بحث مـا را شـامل می شـود و دلیلی هـم بر تخصـیص آن وارد نشـده، پس عـقـد مـذکـور هم

---

(۱) سورهٔ بقره آیهٔ۲۷۵.

(۲) سورهٔ مائده آیهٔ۱.

واجب الوفاء است و نیازی به اجازهٔ بعدی ندارد.

۳ـ اطلاق آیهٔ تجارت: ﴿تجارةً عن تراض﴾[۱] به اطلاقش عقد و معاملهٔ مورد نظر ما را شامل است زیرا این نیز تجارت است و همراه با تراضی و رضایتِ قلبیِ مالک هم هست، و دلیلی بر تقیید ندارد.

۴ـ اطلاق حدیث: لایحلّ مال امرءٍ مسلم الاّ بطیب نفسه[۲] ملاک حلیّت و جواز تصرّف را طیب نفس مالک قرار داده و مفروض اینست که در مانحن فیه طیب نفس وجود دارد، و بیش از این لازم نداریم، پس نیازی به اجازهٔ بعدی نیست.

۵ـ روایات نکاح عبد: چندین روایت داریم مبنی بر اینکه: اگر عبدی بدون اذن مولایش ازدواج کرد، و سپس مولی مطّلع شد و سکوت کرد، روایات می گوید: همین سکوت اقرار است یعنی علامتِ رضایت مولیٰ به نکاح عبد است.

حال اگر اجازهٔ قولی لازم بود که سکوت کافی نبود، پس ملاک رضایت قلبی و نفسانی است، [و بلکه اگر در مورد این روایات که ظهور در رضایت قلبیِ پس از عقد دارند، رضایت قلبی کافی باشد و نیازی به اجازهٔ بعدی نباشد، در مانحن فیه که از اوّل طیب نفس بوده و مالک قلباً راضی بوده به طریق اولی باید صحیح باشد و موقوف به اجازهٔ بعدی نباشد.]

[برای نمونه یکی از روایات را می آوریم:

عن معاویة بن وهب قال: جاء رجلٌ الی ابی عبدالله علیه‌السلام فقال: انّی کنت مملوکاً لقومٍ وانّی تزوّجت امرأة حرّة بغیر اذن مولای ثم اعتقونی بعد ذلك فاجدّد نکاح ایّاها حین اعتقت؟ فقال له: اکانوا علموا انّك تزوّجت

---

(۱) سورهٔ نساء آیهٔ ۲۹.

(۲) عوالی اللآلی، ج۲، ص۲۴۰.

وانت مملوك لهم؟ فقال: نعم وسكتوا عنّی ولم یغیّروا علّی، فقال: سكوتهم عنك بعد علمهم اقرار منهم اثبت علی نكاحك الاوّل[1]].

۶ـ روایت عروهٔ بارقی: راجع به این روایت عنقریب بحث مبسوطی خواهیم داشت، ولی فعلاً حاصل روایت اینست که: رسول اکرم ﷺ به شخصی بنام عروهٔ بارقی دیناری دادند و فرمودند: برو با این دینار گوسفندی برای قربانی کردن خریداری کن، عروة رفت و با یکدینار دو گوسفند خرید [نفس این شراء مورد بحث است که فضولی است یا نه، ولی فعلاً بنا را بر این می گذاریم که شراء فضولی نبوده] در بین راه که می آمد یکی از دو گوسفند را به یک دینار به شخصی فروخت و سپس قبض و اقباض صورت گرفت و با یکدینار و یک گوسفند به حضور رسول خدا ﷺ رسید، پیامبر وقتی از جریان مطلع شدند فرمودند: بارك الله فی صفقة یمینک[2].

حال کلام در این بیع است که فضولی است یا خیر؟ مورد روایت فرضی است که عروه علم به رضایت مالک [رسول خدا ﷺ] داشته و آن معامله را انجام داده، حضرات فقهاء فرمودند: این بیع فضولی است و رسول خدا آن را امضاء کرده و همین حدیث را دلیل بر صحّتِ بیع فضولی دانسته اند [کما سیأتی].

ولی مرحوم شیخ می فرماید: به عقیدهٔ ما اصلاً بیع مذکور فضولی نبوده به این دلیل که: بدنبال بیع قبض و اقباض و تصرّف صورت گرفته یعنی عروة یک گوسفند را به مشتری داد و یکدینار را از او گرفت، و اگر بیع فضولی بود این تصرّفات جایز نبود، پس وجود قبض و اقباض و تصرّف و ... دلیل بر فضولی نبودن است، یعنی با علم به رضایت مالک فضولی نیست و هو المطلوب.

اگر کسی بگوید: چه مانعی دارد که با فرض علم به رضای مالک هم بیع

---

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۴، ص۵۲۵، باب۲۶، حدیث اوّل.
(۲) مستدرك الوسائل، ج۲، ص۴۶۲، حدیث اوّل، باب۱۸.

مذکور فضولی باشد و قبض و اقباض هم حرام باشد و عروة کار حرامی کرده باشد او که معصوم نیست تا فعلش حجّت باشد؟

در جواب می گوئیم: صرفاً کار عروة نیست بلکه بدنبال آن تقریر النّبی ﷺ را داریم که حجّت است، و تقریر دلیل بر حلال بودن قبض و اقباض و آنهم کاشف از عدم فضولیّت است. پس با احراز رضایت فضولی نیست.

۷ـ قوله: مع انّ:

از ظواهر برخی از کلمات فقهاء نیز می توان این مطلب را استفاده کرد که عقد عاقد با وجود رضای باطنیِ مالک فضولی نیست و منوط به اجازهٔ بعدی نیست، و برای نمونه دو کلام را می آوریم:

۱ـ هنگامی که فقهاء برای صحّت بیع فضولی دلیل می آورند می گویند: بیع فضولی جامع جمیع شرائط [عقل ـ بلوغ ـ قصد ـ اختیار و ...] هست به جز یک شرط و آن رضایت مالک است آنهم که با اجازهٔ بعدی حاصل می شود و کمبود جبران می شود. حال از اینجا می فهمیم که فضولی بودن بیع در گرو نبودن طیب نفس مالک است، پس با وجود طیب نفس فضولی نیست.

۲ـ هنگامی که در بیع فضولی سخن از اجازهٔ لاحق مطرح است، این بحث عنوان می شود که آیا سکوتِ مالک کافی است و اینهم اجازه محسوب می شود؟ می گویند: خیر کافی نیستَ، به این دلیل که: سکوت اعمّ از رضا است و امارهٔ رضایت نیست لذا کافی نیست. از این می فهمیم که ملاك رضایتِ مالک است و اگر سکوت کافی نیست و اجازهٔ قولی لازم است به منظور احرازِ رضای مالک است، پس اگر در موردی بدون اجازهٔ قولی رضای مالک محرز شد نیازی به اجازه نخواهیم داشت و هو المطلوب.

قدم سوّم:

قوله: ثمّ لو سلّم:

در قدم سوّم می فرمایند: بر فرض که با وجود رضایت قلبیِ مالک هم بیع بایع و عقد عاقد، فضولی باشد و موضوعاً داخل باشد ولی مگر الزاماً باید در هر فضولی اجازه لازم باشد؟! خیر ما این را قبول نداریم، زیرا:

اوّلاً ما دلیل نداریم بر اینکه عقد فضولی مطلقاً [حتی در فرض احراز رضایت مالک] محتاج به اجازهٔ بعدی باشد، و نمونه ای داریم که عقد فضولی است و بنابر قولی اجازهٔ لاحق لازم ندارد، و آن این مسئله است: «مَنْ باعَ شیئاً ثمّ ملک» یعنی مال مردم را فضولتاً فروخت سپس خودش مالک شد [به ارث یا هبه یا شراء و ...].

یک احتمال آنست که: بیع مذکور کلاً باطل است.

و یک احتمال آنست که موقوف به اجازهٔ بعد از مالک شدن است:

و یک احتمال هم اینست که: همینکه مالک شد بیع مذکور صحیح است چون رضای مالک محرز است و نیازی هم به اجازهٔ بعدی ندارد. حال طبق این احتمال ما موردی یافتیم که بیع فضولی باشد و موقوف به اجازه نباشد.

و **ثانیاً** بر فرض نیاز به اجازهٔ بعدی می گوئیم: در ما نحن فیه رضایت بعدی محرز است، زیرا معمولاً کسی که حین العقد رضای باطنی داشته پس از عقد هم برای مدّتی ولو یک لحظه رضای باطنی دارد مگر غافل شود که احتمالش نادر است، و همین رضایت بعدی کافی است. و نیازی به اجازهٔ قولی ندارد. [البته این جواب از سوی محشّین مورد مناقشه و نقض واقع شده است ...].

قدم چهارم:

قوله: ثم انّه:

در آخرین قدم می گوئیم: عقدی که عاقدِ غیرمالکِ تصرّف انجام می دهد سه نوع است:

۱ـ مالک عین هست ولی مالک تصرّف نیست، مثل راهن و مفلّس و ... چنین کسی با احراز رضایتِ مرتهن و غرماءِ و کسانی که حقّی در عین دارند، عقد می خواند.

۲ـ عبد عقدی را می خواند مثل نکاح یا بیع و ... [ویژگیِ این دو نوع آنست که: اگر عقد صحیح باشد نتیجهٔ عقد به خود عاقد عود می کند و برای او واقع می شود.]

۳ـ غیرمالکِ عین عقدی را می خواند [که بر فرض صحّت نتیجه اش به او عود نمی کند و به مالک اصلی می رسد.]

حال بر فرض در این قسم سوّم مناقشه کنید و بگوئید: با علم به رضایت هم فضولی است و باید مالک اصلی اجازه کند ولی در قسم دوّم جای مناقشه نیست و حتماً عقد عبد صحیح است و نیازی به اجازهٔ بعدیِ مولی نیست، زیرا که مناط منع در عقد عبد این بود که: معصیت سیّد بشود و در مانحن فیه معصیتی نیست چون علم به رضایت دارد، پس منعی هم نیست.

اگر شما بگوئید: این مطلب منافات دارد با آنچه در مسئله قبل دربارهٔ عبد آوردید که: عبد استقلال ندارد و ... خواهیم گفت: خیر هیچ منافاتی ندارد زیرا منظور از استقلال نداشتن این بود که باید با رضایت مولی باشد و بدون آن نمی تواند کاری کند، و در مانحن فیه رضای مولی هست پس کمبودی ندارد. و اگر عقد عبد با رضای باطنی مولی صحیح باشد و موقوف به اجازهٔ بعدی نباشد

پس عقد مالک مثل راهن و مفلّس و ... با رضای مَنْ له الحقّ به طریق اولی صحیح است و نیازی به اجازهٔ بعدی نیست. [اگر چه این نوع را مرحوم شیخ متعرّض نشده اند.]

قوله: ثمّ اعلم:

پس از فراغ از بحث موضوعی و تعریف فضولی و بیان مصادیق آن، نوبت می رسد به بیان مسائل عقد فضولی، به طور کلّی شخص فضولی که عقدی می خواند و مالی را می فروشد یا برای مالک اصلی می فروشد و یا برای خویشتن [کالسارق والغاصب] و در فرض اوّل هم که برای مالک می فروشد یا از سوی مالک اصلی منع و نهیی نسبت به این بیع صورت نگرفته و یا منع سابق دارد و فضولی را از این کار بازداشت ولی او اعتنا نکرد و فروخت. پس معاملهٔ فضولی سه مسئلهٔ اساسی دارد:

(مسئله اوّل)

قوله: الاولی:

مسئلهٔ اوّل از سه مسئلهٔ عقد فضولی آنست که: فضولی متاعی را برای مالکِ اصلیِ آن بفروشد و از سوی مالک هم منعی در بین نباشد و فضولی را از این کار نهی نکرده باشد: مرحوم شیخ می فرماید: قدر متیقن از عقد فضولی همین قسم است. [این عبارت دو احتمال دارد:

۱ـ از نظر موضوعی و عقد فضولی بودن، این قسم قدر متیقن و مصداق حتمیِ فضولی باشد زیرا در دو قسم بعدی ولاسیّما در قسم سوّم که بیع غاصب لنفسه باشد اختلافی است و برخی مثل علاّمه آن را غیر از فضولی دانسته اند. کما سیأتی مبسوطاً وقد مرّ در کلام مرحوم شهیدی.

۲ـ از نظر حکمی و حکم به صحت یا امکان صحت، قدر متیقن باشد زیرا اگر در این مسئله حکم به صحّت بیع فضولی کردیم آنگاه نوبت می رسد به بحث از صحّت و فساد بیع فضولی در دو مسئلهٔ بعدی، ولی اگر در این مسئله بیع فضولی را فاسد و باطل دانستیم، در دو مسئله بعدی به طریق اولی فاسد و باطل خواهد بود و نوبت به بحث جدا نمی رسد، پس صحّت و فساد آنها مبتنی بر صحّت و فساد این مسئله است و لذا این قدر متیقّن است.]

حال آیا بیع فضولی [مال مردم را برای خود مالکین] صحیح است [صحّت

شأنی و تعلیقی که موقوف به اجازهٔ مالک باشد] یا باطل است؟ [که حتی اجازهٔ بعدی هم تأثیری ندارد.]

[به عبارت دیگر: آیا در صحت عقود شرط است که حتماً از مالک اصلی صادر شود و خود او بالمباشره انشاء کند و یا لااقل قائم مقام او انشاء گر باشد؟ یا در صحت عقد انشاء مباشری مالک و وکیل و ولّی لازم نیست بلکه کافی است که عقد به نوعی مستند به مالک باشد ولو به این صورت که عقد فضولی را اجازه کند؟ به عبارت دیگر: صحت عقد در گرو عقد مباشری است؟ یا عقد تسبیبی هم کافی است؟]

مشهور فقهاء فتوی به صحّت عقد فضولی داده اند، بلکه علاّمه در تذکره بر صحّت ادّعای اجماع کرده گاهی صریحاً فرموده: علماء ما اجماع دارند و گاهی تعبیر به عندنا کرده که ظهور در اجماع امامیّه دارد. البتّه بدنبال ادّعای مذکور فرموده: در میان ما امامیّه قولی هم بطلان را گفته که این سخن ادّعای اجماع علاّمه را خراب می کند.

مرحوم شهید هم در غایة المراد از قول عدّه ای صحّت را نقل کرده، و آنها عبارتند از:

ابن ابی عقیل عمّانی، شیخ مفید، سید مرتضی، شیخ طوسی در نهایه، سالاربن عبدالعزیز دیلمی، ابوالصلاح حلبی، قاضی ابن برّاج، ابن حمزة. و نیز از ابن جنید اسکافی قول به صحت حکایت شده و فتوای متأخرین هم بر صحت استوار است، به جز گروهی از فقهاء و محدّثین متأخر که ذیلاً نام می بریم: فخرالدین در ایضاح محقّق اردبیلی، میر داماد، صاحب حدائق، محدّث جزائری، که اینان فتوی به بطلان بیع فضولی داده اند.

هریک از طرفین دلائل و مؤیّدات فراوانی دارند که به ترتیب مورد بحث و بررسی قرار می دهیم:

امّا ادّلهٔ مشهور یا قائلین به صحّت:

۱ـ شهرت فتوائیّه از قدما، و متأخرین.

۲ـ اجماع منقول از علاّمه و دیگران، [ایندو بنابر مبنای بعض فقهاء حجّت هستند، و به مبنای شیخ اعظم هر دو به ضمیمه یکدیگر یکدلیل می شوند.]

۳ـ عمومات و اطلاقات عقود: ادّلهٔ بیع که می گوید: احلّ الله البیع، تجارةً عن تراضٍ و ... و ادّله عقود که می گوید: اوفوا بالعقود، المؤمنون عند شروطهم و ... و ادّله سایر معاملات از قبیل: الصلح جائزٌ و ... .

فرقی میان معاملهٔ شخص فضولی و غیرفضولی نگذاشته و به عموم یا اطلاق هر دو را شامل است و هیچ مانعی از شمول این ادّله نسبت به معاملات فضولی وجود ندارد، وحدّاکثر اموری که به عنوان موانعِ صحّت بیعِ فضولی ذکر شده سه امر است که هر سه قابل جواب است:

الف: اگر کسی بگوید: معاملات فضولی به لحاظ اینکه از اذن مالک خالی است و بدون اذن قبلیِ مالک انجام می گیرد اصلاً عقد و بیع نیست و عنوان عقد یا بیع یا معامله بر او صدق نمی کند تا مشمول عمومات و مطلقات بوده و محکوم به صحّت شود، بلکه سالبه به انتفاء موضوع است و معاملات فضولی تخصّصاً و موضوعاً از ادّلهٔ مذکور خارج است.

جواب ما اینست که: مجرّد خلّو معاملات فضولی از اذن سابق، موجب نمی شود که اسم بیع و عقد از آنها مسلوب باشد بلکه وجداناً بر بیع فضولی هم بیع اطلاق می شود، بر نکاح فضولی هم نکاح اطلاق می شود و ... [البته مسئله بر مبنای صحیح و اعمّ در علم اصول مطرح می شود و در معاملات صحّت عندالعرف مطرح است و باید دید که عرف چنین معامله ای را صحیح می داند یا نه؟].

ب: بدون تردید ترتّب اثر و نقل و انتقال مشروط به رضایت مالک و متوقّف

بر رضایت او است و معاملات فضولی از این حیث کمبود دارد.

جواب ما اینست که: شرط مذکور قابل انکار نیست و مشهور هم که فتوی به صحت بیع فضولی می دهند. منظورشان این نیست که بیع مذکور مطلقا صحیح است و نیازی به رضای مالک نیست، بلکه با لحوق اجازه و رضایتِ بعدی حکم به صحّت می کنند، پس از این حیث هم نقص و اشکالی در بین نیست.

ج: مهمترین اشکال اینست که: نه تنها رضایت مالک و طیب نفس او شرط صحّت است بلکه باید اذن سابق باشد و طیب نفس از بدو امر و مقرون به عقد باشد و اجازهٔ بعدی کفایت نمی کند و بیع فضولی فاقدِ اذن سابق است و لذا باطل است.

جواب ما اینست که: اصل طیب نفس دلیل دارد [تجارةً عن تراضٍ، الاّ بطیب نفسه و ...] ولی مقارنتِ آن با عقد دلیلی ندارد [و ادّله ای هم که در آینده طرفداران بطلان بیع فضولی خواهند آورد قابل جواب است.] آنگاه به مقتضای اطلاقات و عمومات می گوئیم: مقارنت معتبر نیست والاّ خدا و رسول در مقام بیان آن را ذکر می کردند.

قوله: ومرجع ذلك:

چهار دسته افراد و مصادیق برای بیع و عقد وجود دارد:

الف: معاملاتی که میان دو مالک و اصیل انجام می گیرد، وهو الغالب.

ب: معاملاتی که میان دو مأذون یعنی وکیل یا ولّی انجام می گیرد.

ج: معاملاتی که میان دو فضولی یا یک فضولی و یک اصیل با اجازهٔ بعدیِ مالک اصلی واقع می شود.

د: معاملاتی که از سوی فضولی و غیرمالک انجام می گیرد، بدون اذن سابق و بدون اجازهٔ لاحق.

حال عمومات و اطلاقات مذکور دسته اوّل را قطعاً شامل می شوند و مصداق اکمل است. و دستهٔ دوّم را هم قطعاً شامل می شوند چون آنها قائم مقام مالک هستند و لسان وکیل یا ولّی لسان موکّل و مولّی علیه است. و دسته چهارم هم قطعاً خارج نشده و تخصیص خورده زیرا ادلّه طیب نفس برلزوم رضایت مالک دلالت دارند. انّما الکلام در دسته سوم است که مورد بحث ما است آیا ایندسته هم از عمومات خارج شده یا خیر علم به خروج و تخصیص نداریم بلکه مشکوك است از اصالة العموم او الاطلاق استفاده کرده و حکم به عدم خروج آن می کنیم، پس عمومات این فرد را شامل است [اینجا از باب شکّ در تخصیص زائد است.]

٤ـ قوله: والی ماذکرنا:

دلیل چهارم مشهور بر صحّت معاملات فضولی آنست که:

عقد فضولی عقدی است که از اهلش [کسی که انسان کامل است یعنی بالغ و عاقل و قاصد و ...] صادر شده و در محلّ آن [مبیعی که شرعاً و عرفاً قابل معامله است و از قبیل خمر و خنزیر و میته و حشرات و ... نیست.] واقع شده است. پس چرا چنین عقدی باطل باشد!! خیر صحیح است.

مرحوم شیخ می فرماید: ایندلیل چهارم به‌همان دلیل سوّم یعنی تمسّک به عمومات و اطلاقات برمی گردد.

توضیح مطلب: این حضرات صغرای استدلال را بیان کردند که: عقد فضولی عقدی است که صَدَرَ من اهله ووقع فی محلّه، و کبرای کلّی هم اینست: و هر عقدی که چنین باشد وفاء به آن واجب است و یا چنین عقدی صحیح است و ... و دلیل این کبری همان اطلاقات و عمومات است. پس اینان در واقع می خواهند بفرمایند: مانحن فیه هم صغرای آن کبرای کلّی و مصداق آن عموم و اطلاق هست و وجهی برای خروج و تخصیص نداریم، و این همان است که ما

می گفتیم.

قوله: فماذکره:

مرحوم شهید در غایة المراد به دلیل رابع اشکال کرده و فرموده: ایندلیل شما مصادره به مطلوب است و دلیل عین مدّعا است، و صغرای مذکور عین المتنازع فیه و اوّل الکلام است و دعوا در اینست که آیا عقد فضولی از اهلش صادر شده یا نه، چیزی که هنوز ثابت نشده و محلّ نزاع است شما از آن به عنوان صغرای مسلّم استدلال استفاده کرده و وسط دعوا نرخ تعیین کردید، و این صحیح نیست مرحوم شیخ می فرماید: اعتراض شهید وارد نیست زیرا در صغری دو کلمه آمده که هر دو از مسلّمات است و کسی در آن دو تردید ندارد تا مصادره به مطلوب شود، و آندو عبارتند از:

الف: عقد فضولی از اهلش صادر شده، اینکه جای تردید نیست زیرا فضولی حتماً اهلیّت از برای عقد دارد و انسان کامل یعنی بالغ و عاقل است و از این حیث کمبودی ندارد.

ب: معاملهٔ فضولی در محلّش واقع شده، این نیز جای تردید و گفتگو نیست زیرا فرض اینست که فضولی سرکه فروخته نه شراب، گوسفند معامله کرده نه خنزیر، مذکّی فروخته نه میته و ... .

پس معاملهٔ مذکور هیچ کمبودی ندارد مگر خالی بودنِ آن از اذنِ مالک، آنهم با اصل [اصالة العموم والاطلاق یا اصالة عدم اشتراط المقارَنه او سبقِ الاذن] دفع می شود.

قوله: ولعلّ:

شاید منظور مرحوم شهید این باشد که: از جهت بلوغ و عقل و قصد و اختیار بحثی نداریم و از این حیث فضولی هم اهل است، ولی از جهت اینکه وی مالک و مأذون نیست و احتمال می دهیم که اذن سابق معتبر باشد و فضولی فاقد

آنست، مشکل داریم و اهلیّت فضولی برای ما محرز نیست.

ولی جواب ما اینست که: عمومات و اطلاقات متقدّم این مشکل را حلّ کرده و دلالت دارد بر اینکه: اذن سابق معتبر نیست و ملاک مطلق رضایت و طیب نفس مالک است خواه سابق باشد یا لاحق.

۵ـ قوله: وقداشتهر:

یکی از ادلّهٔ صحّت بیع فضولی روایت عروهٔ بارقی است که مشهور برای صحت بدان استناد کرده اند، داستان عروهٔ بارقی به چند صورت در روایات آمده:

۱ـ عن حکیم بن حزام انّ النبیﷺ بعث معه بدینار یشتری له اُضحیّة فاشتراها بدینار وباعها بدینارین فرجع فاشتری اضحیّة بدینار وجاء بدینار الی النبیﷺ فتصدّق به النبیﷺ ودعا ان یبارك له فی تجارته[1]

ملاحظه می فرمائید که: طبق این نقل چندین معاملهٔ فضولی صورت گرفته است.

۲ـ انّ رسول اللّهﷺ بعث معه بدینار یشتری له اضحیّةً وقال مرة اوشاة فاشتری له اثنتین فباع واحدة بدینار واتاه بالاخری فدعا له بالبرکة فی بیعه فکان لو اشتری التراب لربح فیه[2]

این نقل تا حدود زیادی به نقل بعدی نزدیک است و تعبیرات فرق دارد.

۳ـ استدلال به قصّهٔ عروة براساس نقل سوّم است، ترجمه روایت قبلاً بیان شد، اینکه کیفیت[3] استدلال:

عروه دو معامله انجام داده است که هر دو قابل بحث است:

---

(۱) بحارالانوار، ج۱۰۰، ص۱۳۶، حدیث۴؛ به نقل از امالی شیخ طوسی، ج۲، ص۱۳.

(۲) مسند احمد حنبل، ج۴، ص۳۷۵.

(۳) مستدرك الوسائل، ج۲، ص۴۶۲، حدیث اوّل، باب۱۸.

۱ـ دستور داشت با یکدینار یک گوسفند خریداری کند ولی دو گوسفند خرید، عدّه‌ای گفته‌اند:

همین شراء هم فضولی است و این فراز را دلیل بر صحّت شراء فضولی قرار داده‌اند.

مرحوم شیخ می فرماید: این بخش از روایت [شراء دو گوسفند] را ممکن است کسی توجیه کرده و از فضولی بودن خارج شود، [به اینکه منظور پیامبرﷺ از شاة جنس گوسفند باشد نه واحد در مقابل اثنین، و جنس بر واحد و متعدد هر دو صادق است پس اگر عروه با یک دینار ده گوسفند هم خریده بود تعدّی نکرده بود. یا از طریق اذن فحوائی پیش بیائیم و بگوئیم: اگر رسولﷺ به عروه اذن داده بود که با یکدینار یک گوسفند خریداری کند پس به طریق اولی اذن داده و راضی است که با یکدینار دو گوسفند خریداری کند، و یا توجیهات دیگر.]

۲ـ در اثناء طریق یکی از دو گوسفند را به یکدینار فروخت و قبض و اقباض هم انجام شد و به محضر رسولﷺ آمد. حال بر فرض که شراء مذکور توجیه شود، ولی بیع مذکور قابل توجیه نیست و ظاهرش اینست که: فضولی بوده و معذلک پیامبرﷺ امضاء فرمودند، این دلیل بر صحّت بیع فضولی است [البته صحّت تعلیقی و با اجازهٔ مالک.]

قوله: ولکن:

مرحوم شیخ در ردّ این استدلال می فرماید: ابتدا دو نکته را باید مسلّم بگیریم:

۱ـ مورد حدیث جائی است که عروهٔ بارقی می دانست که پیامبر از کارهای او راضی است [شراء و بیع و ...] و دلیل علم و احراز رضایت هم قبض و اقباض او است که گوسفند را داد و درهم را گرفت و اگر علم به رضایت رسولﷺ نداشت چنین اقدامی نمی کرد، و بر فرض که او اقدام می کرد رسولﷺ کار او را

تقریر و امضاء نمی کرد و نمی فرمود: بارك الله فی صفقة یمینک.

۲ـ در بیع فضولی مسلّماً قبض و اقباض حرام است و اگر معامله ای فضولی بود اصل معامله و انشاء بیع گرچه حرام نیست و مؤاخذه ندارد ولی بدنبال آن داد و ستد و قبض واقباض حتماً حرام است.

با حفظ این دو نکته می گوئیم: در مورد حدیث عروه چهار احتمال وجود دارد و به یکی از آنها باید ملتزم شویم:

۱ـ یا باید بگوئیم: با علم به رضایتِ قلبیِ مالک هم معاملهٔ عروه فضولی بوده و قبض و اقباض در آن حرام بوده ولی عُروة مرتکب حرام شده است، و او که معصوم نیست.

این احتمال باطل است زیرا تنها عمل عروه نیست تا ملاك نباشد، بلکه بدنبال آن تقریر النبی ﷺ هم هست و اگر قبض و اقباض حرام بود رسول خدا ﷺ عمل عروه را امضاء نمی فرمود. پس از تقریر پیامبر ﷺ عدم حرمت قبض و اقباض استکشاف می شود و از عدم حرمت آن فضولی نبودنِ معاملهٔ عروة بدست می آید.

۲ـ و یا باید بگوئیم: با علم به رضایت مالک هم بیع فضولی است و علی القاعدة قبض و اقباض حرام است ولی در قصّهٔ عروه حرام نیست از این باب که آن بیع فضولی که بایع می داند که بدنبالش اجازه و رضایت مالک خواهد آمد، قبل از اجازه هم تصرّف در آن جایز می شود، البته بنابر اینکه اجازه را کاشفه بدانیم، پس هم بیع فضولی است و هم قبض و اقباض جایز است برمبنای مذکور. [البته در مورد حدیث تنها علم به اجازهٔ بعدی نیست بلکه علم به رضایت از اوّل امر است.]

این احتمال هم باطل است زیرا اوّلاً سیأتی که کشف حقیقی باطل است و ثانیاً آنکه شرط و مجوّز تصرّف است خود اجازهٔ بعدی است نه عنوان العقد المتعقب للاجازة و عنوان علم به تعقب اجازه ... .

۳ـ و یا باید ملتزم شویم که با علم به رضایتِ مالک اصلاً بیع فضولی نیست و موضوعاً خارج است و در نتیجه حدیث عروة ازمانحن فیه اجنبی است و سابقاً ما همین احتمال را تقویت کردیم.

۴ـ و یا ملتزم شویم به اینکه: با علم به رضای مالک هم معامله فضولی است و عروه نه تنها می دانست که پیامبر ﷺ به بیع او راضی خواهد شد و آن را امضاء خواهد کرد بلکه به تصرّف بعدالبیع هم علم داشت و می دانست که رسول ﷺ بدان راضی است البته تا زمانیکه به خدمت رسیده و طلب اذن کند، پس اقباض حرام نیست، و متقابلاً مشتری هم می دانست که او فضولی است و دینار را که به او داد به عنوان اینکه مالک است نداد بلکه به عنوان امانت داد تا بعداً وضعیّت روشن شود که اگر رسول ﷺ بیع را امضاء کرد آن امانت را به پیامبر بدهد و اگر ردّکرد امانت را از امین پس بگیرد.

ولی این احتمال هم باطل است زیرا ظاهر آنست که مشتری علم به فضولی بودنِ عروه نداشته است تا این حرفها مطرح شود. و همان احتمال سوّم اظهر است و بر آن اساس حدیث از مانحن فیه اجنبی است.

[نکته: مضافاً به اینکه روایت عروه عامی السند و ضعیف است، و مضافاً به اینکه: شاید عروه وکیل تام الاختیار از سوی پیامبر بوده چنانکه به قول مرحوم سیّد[1] رُوی انه کان معداً لخدمات النبی ﷺ پس روایت ربطی به معاملات فضولی ندارد واذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال.]

قوله: خصوصاً:

اینهم بیان دیگری است بر اینکه بیع عروه فضولی نبوده:

الظاهر آنست که معاملهٔ مذکور معاطاتی بوده [دلیل ظهور شاید غلبهٔ معاطات در امثال آن باشد] و در بحث معاطات گذشت که: تعاطی و حتی اعطاء

(۱) حاشیهٔ سیّد علی المکاسب، ص۱۳۵.

از جانب واحد موضوعیت ندارد، و ملاك مجرّد رضایت طرفینی و ایصال و وصول عوضین به طرفین است، خواه این ایصال و وصول به اقباض خود مالک باشد یا به اقباض غیرمالک باشد، غیرمالک هم مساوی است که فضولی باشد یا صبّی یا دابّه و یا حتّی بادی این متاع را نزد فلانی ببرد.

آنگاه در مانحن فیه اگر قبض واقباض میان دو فضولی یا یک فضولی و یک اصیل واقع شد و در واقع مالک های اصلی بدان راضی بودند همین مقدار کافی است برای صحّت تصرفات، و در حقیقت فضولی آلت و وسیله ای برای ایصال و وصول است و ملاك رضای مالک است و معامله میان دو اصیل و مالک انجام گرفته است و آنکه اشکالی ندارد. پس باز هم موضوعاً از فضولی بودن خارج است و روایت عروه به درد صحّتِ بیع فضولی نمی خورد.

[البته این فراز از کلام مرحوم شیخ قابل مناقشه است، زیرا هم در پایان مبحث معاطات و هم در اواخر معاملات صبی در بحثی با کاشف الغطاء در هر دو جا فرمودند: در معاطات بر مبنای ملکیّت مجرّد ایصال و وصول کافی نیست ولی اینجا آن را کافی می دانند و خلاف فرمایشات گذشته است، مضافاً به اینکه: از کجا فرمودید: این معامله معاطاتی بوده؟ و ... اعتراضاتی که در حواشی آمده است(۱)].

۶ـ قوله: واستدلّ له ایضاً:

دلیل ششم از ادلّهٔ مشهور بر صحّت بیع فضولی صحیحهٔ محمدبن قیس از امام باقر ﷺ است که برخی از فقهاء به پیروی از شهید اوّل در دروس به آن تمسک کرده اند، امام ﷺ در این روایت ابتدا قضاوتی از قضاوتهای حضرت علی ﷺ را ذکر کرده اند: مولائی به سفری طولانی رفته بود، فرزند

---

(۱) مرحوم آیت ا... خوئی در مصباح الفقاهة، ج۴، ص۲۵ـ۲۷ در حدود هفت اشکال روایت عروهٔ بارقی کرده و آن را از قابلیّت استدلال انداخته اند.

مولی در غیاب پدر ولیدهٔ پدر را به شخصی فروخته بود، آن کنیز از مولای دوّم یا مشتری حامله شده و سپس فرزندی زائیده بود، پس از همهٔ اینها مولای اوّلی از سفر برگشت، هنگامی که از ماجرا باخبر شد نزد مشتری رفته و با او مخاصمه و منازعه نموده و بدو گفت: فرزندم بدون اذن من جاریه‌ام را به شما فروخته است، [نزاع را نزد امام علی علیه السلام برد.] امام علیه السلام فرمودند:

حکم [قضاوت] آن است که: مولای اوّلی کنیز و فرزندش را از مولای دوّم گرفته و به منزل ببرد. مشتری یا مولای دوّم مناشده کرد یعنی امام علی علیه السلام را قسم داد [که برای او هم چاره ای بیاندیشد] امام علیه السلام فرمود: توهم برو و همان فرزند مولی که کنیز را به تو فروخته بگیر و نزد خود نگهدار [المغرور یرجع الی الغّار او من غرّه] تا مولای اوّل این معامله را به نفع تو تنفیذ و امضاء کند، [این بود حکم و قضاوت امام علی علیه السلام] سپس امام باقر علیه السلام فرموده: وقتی مولای اوّلی این وضعیّت را مشاهده کرد [که دوّمی فرزند او را حبس کرده] نزد مشتری آمده و گفت: فرزندم را آزاد کن، مشتری گفت: نه به خدا قسم فرزند تو را آزاد نمی کنم مگر اینکه تو فرزند مرا آزاد کنی [گروگان در مقابل گروگان، فمن اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی] سپس امام باقر علیه السلام فرموده: وقتی مولای اوّلی مشاهده کرد که دوّمی هم فرزند او را گروگان گرفته و آزاد نمی کند، ناچار شد و بیع فرزندش را اجازه کرد. [براساس مصلحت اندیشی نه اکراه در مقابل اختیار، و در واقع نوعی اضطرار و الجاء پیش آمده بود.] الحدیث یعنی تا آخر روایت.[1] یا الحدیث یعنی هذا تمام الحدیث.

[**نکته**: در روایت از جاریه تعبیر به ولیده شده بود، در این رابطه کلامی از ابن اثیر می آوریم:

الولید یعنی الطفل، فعیل بمعنی مفعول، ومنه الحدیث: الولید فی الجنّة

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۴، ص۵۹۱، باب۸۸، حدیث اوّل.

ای الذی مات وهو طفلٌ اوسُقطَ، ومنه الحدیث: لاتقتلوا ولیداً یعنی فی الغزو، والجمعُ: وِلْدان، والانثی ولیدة والجمع: الولائد. وقد تطلق الولیدة علی الجاریة والامة، وانَ کانت کبیرة[1] و همین جملهٔ اخیر محلّ شاهد است، پس ولیده یعنی جاریه.]

قوله: قال فی الدروس:

مرحوم شهید اوّل در دروس فرموده: از این حدیث در رابطه با بیع فضولی دو مطلب استفاده می شود:

۱ـ این حدیث بر صحّت بیع فضولی دلالت می کند زیرا صدر حدیث سخن از بیع فضولیِ فرزند نسبت به کنیز پدر بود و ذیل حدیث سخن از تنفید و اجازهٔ مالک اصلی بود که با اجازهٔ او معامله به نفع مشتری تمام شد و هذا معنی الصحّة.

۲ـ این حدیث در کاشفیّت اجازه را می رساند.

بیان ذلک: مبسوطاً خواهد آمد که بنابر مؤثر و مفید بودنِ اجازه در بیع فضولی، آیا کاشفه است؟ یا ناقله؟ از صحیحهٔ مذکور قول به کَشف استفاده می شود: زیرا در فرازی آمده بود: فلمّا راه ابوه قال له ارسل ابنی، قال لا والله لاارسل ابنک حتی ترسل ابنی ... .

از این فراز استفاده می کنیم که: گروگان در مقابلِ گروگان و سخن از پرداخت قیمت و جبران خسارت نیست، و این با قول به کشف می سازد نه با نقل، زیرا اگر اجازه ناقله باشد معنایش آنست که: تا اجازه نیاید نقل و انتقالی نیامده، پس کما کان کنیز در ملک مالک اوّلی باقی است، پس تصرفاتی که مشتری کرده و موجب حمل شده و نقصی بر جاریه وارد کرده و موجب تفویت منفعت او یعنی ولدش شده [که دیگر عبد نیست و حرّاست و قابل انتفاع و بهره برداری نیست.] همه را ضامن است و باید از عهدهٔ درك و خسارت برآید.

---

(۱) النهایة لابن الاثیر، ج۵، ص۲۲۴ـ۲۲۵، مادّهٔ ولد.

آری اگر کاشفه بود معنایش اینست که: با آمدن اجازه کشف می کنیم که از اوّل جاریه در واقع ملک مشتری بوده و تصرّفات در ملک خودش واقع شده و ضامن هم نیست.

[**نکته:** اگر مشتری علم به فضولیت داشته زناکار است و ولدزانی شرعاً ملحق به زانی نیست و عبدِ مولای جاریه است، ولی ظاهر امر اینست که: وی جاهل به فضولی بودنِ بایع بوده و خیال می کرده او مالک است، در این فرض اگر اجازه ناقله باشد وطیِ او در واقع وطی به شبهه است و اگر کاشفه باشد وطی حلال است و در هر حال ولد به پدر ملحق است، منتهی در فرض نقل باید قیمت را بدهد و در فرض کشف لازم نیست.]

قوله: ولایرد:

موهنات و ایرادات زیادی به این حدیث وارد شده و براساس آن ادّعا شده که: حدیثِ مذکور دلالتش بر صحّت بیع فضولی موهون و یا به کلی از درجه اعتبار ساقط است، مرحوم شیخ می فرماید: این ایرادات خودشان موهون و بی بنیان هستند.

[ولی اشاره ای به آنها نمی کند، مرحوم سیّد در حاشیه به پنج مورد اشاره کرده که متن کلامش را می آوریم:

منها الحکم باخذ الولیدة قبل ان یسمع من المشتری دعویه، فلعلّه کان یدّعی وقوع العقد باذن السیّد اورضاه، وفیه مالا یخفی.

ومنها حکمه عليه السلام باخذ الولیدة وابنها مع عدم السؤال عن انّه یرید الاجازة ام لا، وفیه انّ الغرض انّ الحکم ذلك من حیث هو لولا الاجازة ولعلّ السیّد کان عالماً بانّه مع الاجازة الحکم لیس کذلك.

ومنها ان یکون اخذه لاخذ قیمة یوم الولادة.

ومنها حکمه باخذ ابن السیّد مع انّ ذلك لایجوز اذ غایة الامر کونه غاصباً

ولیس حکمه ذلك، وفیه انّه یمکن ان یکون ذلك لمطالبة الثمن الّذی دفعه الیه.

ومنها تعلیمه ﷺ الحیلة مع انّ ذلك لیس من وظیفة الحاکم، وفیه انّه لعلّه کان هناك مصلحة تقتضیها ...[1]].

قوله: الاّ ظهور:

از میان کلیّهٔ اشکالات حدیث، مهمترین اشکال اینست که:

مقدّمه: اجازهٔ لاحقه دوگونه است: گاهی مسبوق به ردّ نیست، یعنی از ابتدا که مالک اصلی خبردار می شود آن را امضاء می کند. و گاهی مسبوق به ردّ است، یعنی اوّل بیع فضولی را ردّکرد و بعداً بنا به جهاتی آن را پذیرفت و امضاءکرد، حال اجازه‌ای که مؤثر است آن اجازه‌ای است که مسبوق به ردّ نباشد، امّا اجازهٔ مسبوق به ردّ بالاجماع مؤثر نیست با حفظ این مقدّمه می گوئیم: ظاهر حدیث آنست که: اجازهٔ مسبوق به ردّ هم مفید و مؤثر است.

سئوال: از کجای حدیث این مطلب مستفاد است؟

جواب: از چهار جای حدیث می توان این را فهمید:

۱ـ از کلمهٔ فخاصمه ... : زیرا اگر بیع جاریه را ردّ نکرده بود که مخاصمه و منازعه پیدا نمی شد، پس این تعبیر ظهور در ردّ بیع دارد.

۲ـ از کلمهٔ الحکم ان یأخذ ولیدته وابنها: اگر مولای اوّلی بیع را ردّ نکرده بود امام ﷺ به طور مطلق نمی فرمود: حکم اخذ جاریه است و جاریه هم از آن مولا است [چون ضمیر مضاف الیه در جاریته به مولای اوّل برمی گردد و این را جاریهُ او دانسته.] بلکه مقیّد کرده و می فرمود: اگر مولای اوّلی معامله را ردّ کرد حکم اخذ است والاّ فلا، از اینکه به ضرس قاطع آن قضاوت را نمود، معلوم می گردد که معامله ردّ شده بود.

---

(۱) حاشیة السیّد علی المکاسب، ص۱۳۵.

۳ـ از کلمهٔ فنا شده ... : زیرا اگر مولای اوّلی بیع را ردّ نکرده بود که مشتری امام علیه‌السلام را قسم نمی داد و آنهمه اصرار و زاری [که: من چه کنم؟ من چگونه فرزندم را آزاد کنم؟ و ...] نمی کرد.

۴ـ از کلمهٔ حتی ترسل ابنی: ظاهرش اینست که مولای اصلی معامله را ردّکرده و جاریه و ولد را گرفته است و ولد را حبس کرده تا قیمت آن را از مشتری بگیرد. [البته ولد به تبع مشتری حرّاست ولی منظور قیمت فرضی است یعنی اگر فرضاً عبد بود چقدر ارزش داشت، همان را می دهد، ولااقلّ قیمت روز ولادت را باید بدهد.] والاّ اگر ردّ نکرده بود که حبس ولد به منظور اخذ قیمت معنی نداشت. [و حبس ولد منظور دیگر هم ندارد که مثلاً حبس کرده تا ملکش باشد، خیر قطعاً ملک نیست و حرّاست.]

قوله: وحمل:

اگر کسی بگوید: چه مانعی دارد که بگوئیم: مولای اوّلی اصل بیع را اجازه کرده منتهی اخذ جاریه و حبس آن هم مثل حبس ولدش برای اینست که: از مشتری ثمن آن را دریافت کند، پس اخذ و حبس دلیل بر ردّ بیع نیست.

در جواب می گوئیم: این حمل قابل قبول نیست زیرا در پایان امام علیه‌السلام فرموده: فلمّا رای ذلک سیّد الولیدة اجاز بیع ولده، ظاهرش اینست که تا این لحظه اجازه نکرده بود و الآن که دید وضعیّت اینطوری است بناچار امضاء کرد، پس نتوان گفت: قبلاً اجازه کرده بود و حبس جاریه به منظور اخذ ثمن بود.

قوله: والحاصل:

خلاصهٔ اشکال قبل اینکه: ظهور روایت در اینکه اجازه مسبوق به ردّ است و مولی اوّل معامله را ردّ کرده بود و بعداً اجازه کرد، جای تردید نیست و انسان با انصاف نمی تواند آن را منکر شود. [با توجه به شواهدی که اقامه کردیم.] و از این جهت روایت بر حسب ظاهر بر یک حکم خلاف اجماع مشتمل است، ولی

با همهٔ اینها به اصل مطلب لطمه نمی خورد یعنی از روایت به خوبی می فهمیم که اجازهٔ لاحقه فی الجمله مؤثر است و در اواخر حدیث تصریح به تنفید و اجازه داشت [فی الجمله یعنی با قطع نظر از اجازهٔ شخصی و خاصّی که در مورد روایت است که مسبوق به ردّ بود و محذور دارد.]

قوله: فلابدّ:

اگر اجماع برخلاف نبود می گفتیم: اجازه مطلقاً مفید و مؤثر است، مسبوق به ردّ باشد یا نباشد، ولی چون اجماع داریم نمی توانیم بگوئیم: مطلقاً مؤثر است. از طرفی هم اصل مفید بودن اجازه را فی الجمله از روایت برداشت کردیم، اینجا است که اشکالی مطرح می شود که: پس روایت مورد خودش را شامل نیست و خروج یا تخصیص مورد قبیح و مستهجن است در جواب می گوئیم: در مورد حدیث نصّ بر ردّ که نیست، کلماتی ظهور در ردّ داشت و هر ظاهری قابل تأویل است [و در ادامه سه تأویل برای آن خواهیم آورد.]

قوله: والحاصل:

دو محور برای استدلال به صحیحه وجود دارد:

۱ـ محور استدلال ما به صحیحهٔ محمّدبن قیس خود قضیّهٔ شخصیّه [قضیّه ای که در زمان خاصّی در عصر حکومت امام علی عليه‌السلام اتّفاق افتاد که مولائی به سفر رفت و ...] باشد، و از این طریق صحّت بیع فضولی را ثابت کنیم، به این بیان خود این قضیّه مشتمل بر تصحیح بیع فضولی با اجازهٔ مالک است و در آخر آن فرمود: فلمّا رای ذلک ... اجاز ...، پس در مورد حدیث و شأن صدور آن به صحّت بیع فضولی حکم شده است و قاعده هم آنست که: حکم الامثال فیما یجوز وفیما لایجوز سواء یعنی قضایاء همنوع که از یک وادی هستند هم حکم می باشند. پس سایر بیوع فضولی هم محکوم به صحّت می گردند.

اگر محور استدلال این مطلب باشد، خواهیم گفت: استدلال مبتلا به اشکال است، زیرا در مورد خود این روایت و در قضیهٔ شخصیّه اجازه مسبوق به ردّ است و اجماع می گوید: چنین اجازه‌ای مؤثر نیست پس روایت مشتمل بر حکم خلاف اجماع است و باید طرح شود، و وقتی در شخص این مورد اجازه مؤثر نبود و مشکل داشتیم نوبت به تعدّی به سایر موارد و اجراء قانونِ حکم الامثال ... نمی رسد.

آنگاه بر فرض قبول روایت [که علی الفرض صحیحه و قابل قبول است] می گوئیم: چون حکم مذکور خلاف اجماع است به مورد خود حدیث اکتفا می شود و می گوئیم: امام علیه‌السلام از چیزی مطلّع بوده که ما نیستیم، و آن اینکه: در باطن می دانست که مولای اوّلی به فرزند خود اذن داده که جاریهٔ او را بفروشد و الآن حاشا می کند و به دروغ انکار می کند، امام علیه‌السلام چاره‌ای کرد و تدبیری اندیشید تا حقّ به اهلش برسد، و اگر مسئلهٔ اذن سابق مطرح شد، اصلاً قضیّهٔ شخصیّه از بیع فضولی خارج می شود.

۲ـ محور استدلال تعابیری باشد که در خود حدیث آمده و از آنها مناط و ملاك كلّی استنباط می شود، مثلاً در کلام امام علی علیه‌السلام آمده بود: حتّی ینفذّ البیع لک، از این کلام استفاده می شود که مناطِ صحّت تنفیذ مالک است، و مالک شرعاً و قانوناً چنین حقّی دارد، و اگر مناط تَنفیذ مالک شد سبب تعمیم گردیده و می گوئیم: هر بیع فضولی چنین است.

یا مثلاً در کلام امام باقر علیه‌السلام آمده بود: اجاز سیّد الولیدة ... یعنی ملاكِ صحت، اجازهٔ مالک اصلی است و وی این حق را دارد که بیع را اجازه کند و اگرَ اجازه کرد بیع صحیح باشد، و این مناط موجب توسعهٔ حکم می شود، پس به برکت این تعابیر و استفادهٔ مناط می گوئیم: بیع فضولی با اجازهٔ لاحق صحیح است. و هیچ محذوری ندارد، مگر یک اشکال که: هر عام و مطلقی پیش از هر

فردی باید مورد خود را شامل شود، در حالیکه این مناطها و تعابیر مورد خود حدیث را [که قضیّهٔ شخصیّه است و در شخص این مورد اجازه مسبوق به ردّ است] شامل نیست چون چنین اجازه‌ای قطعاً تأثیر ندارد و خلاف اجماع است، و خروج مورد قبیح و مستهجن است.

ولی این اشکال هم قابل دفع است به این بیان: در روایت تصریح به ردّ که نشده تا قابل تأویل و توجیه نباشد، بلکه تعابیری بود که ظهور در ردّ بیع داشت، ولی هر ظاهری قابل تأویل است و به یکی از سه نحو ذیل اینها را توجیه می کنیم:

۱- منظور ردّ صریح نیست بلکه منظور تردید و عدم جزم به اجازه یا ردّ است، یعنی مخاصمه کاشف از ردّ نیست بلکه کاشف از اینست که: مالک اصلی جزم به یکطرف نداشته و قضیّه را نزد امام علی علیه‌السلام بردند تا حلّ شود. و اجازهٔ مسبوق به ردّ مشکل دارد و خلاف اجماع است، امّا اجازهٔ مسبوق به عدم جزم که محذوری ندارد.

۲ـ اینکه امام علیه‌السلام فرمود: الحکم ان یأخذ الجاریة ... کاشف از ردّ بیع از سوی مالک اصلی نیست بلکه شاید باطناً بیع را امضاء و اجازه کرده ولی در ظاهر هم جاریه را اخذ و حبس کرده به منظور اینکه به ثمن و پول آن برسد و حبس در مقابل ثمن است نه کاشف از ردّ بیع.

۳ـ در خصوص قضیّهٔ شخصیه امام علیه‌السلام علم داشت که اذن در کار است ... که قبلاً ذکر شد، ولی استدلال ما به مناطهای کلّیِ روایت است و مشکلی ندارد.

قوله: وکانّه:

گویا کسی می پرسد: پس چرا غیرواحدی از بزرگان در مسئلهٔ بیع فضولی به این حدیث استدلال نکرده اند و از آن غمض عین کرده اند؟ در جواب می فرماید: از دو حال خارج نیست:

۱ـ یا محور و مناط استدلال بر آنها مشتبه شده و خیال کرده اند: استدلال به

این حدیث روی محور اوّلی است که قضیّهٔ شخصیه باشد، آنهم اشکال دارد، لذا مطرح نکرده اند، غافل از اینکه محور دیگری هم برای عملیّات استدلالی به این حدیث باز شد که مشکل نداشت.

۲ ـ و یا اساساً به نظر این بزرگان محور دوّم هم ضعیف بوده و دلالت بر صحّت بیع فضولی ندارد زیرا در روایت نصّ به علیّت که نشده [مثلاً نگفته: لانّه انْ اجاز صحّ ...] و کلام عامّی هم نیست [مثلا نفرموده: کلّ اجازةٍ کذا] و مطلقی هم که نیست.

[مثلاً نفرموده: اجازة المالک و تنفیذه مؤثّرٌ و ...] آنچه هست روی عنوان تنفید و اجازهٔ مولای اوّل در قضیّهٔ شخصیه تکیه شده و فرموده: حتّی ینفذّ لک البیع [یعنی همان بیع مذکور و معهود ...].

یا فرموده: اجاز سیّد الولیدة بیع ابنه [که باز بیع خاص و معهود در شخص آن ماجرا مطرح است.] و حدّاکثر حکم به صحّت بر عنوان اجازه و تنفیذ معلّق شده و تعلیق حکم بر وصف مُشعر به علیّت است ولی تازه اشعار و اشاره درست می شود، و اشعار فایده ای ندارد، نصّ یا ظهور در علیّت ملاك است. پس استدلال به حدیث مخدوش است.

ولی ما کاری به این جهات نداریم و معتقدیم که عمومات و اطلاقات که قبلاً به صورت دلیل سوّم مطرح شد، ما را بس است و از استدلال به این صحیحه مستغنی می سازد.

۷ـ قوله: وربّما یستدلّ:

دلیل هفتم از ادّلهٔ مشهور برای صحّتِ بیع فضولی عبارتست از: استدلال به فحوای روایاتِ باب نکاح.

بیان مطلب: هم نصّ و هم اجماعاتی داریم مبنی بر اینکه نکاح فضولی با اجازهٔ بعدی صحیح است، فی المثل اگر پدری برای فرزند صغیرش زوجه ای

اختیار کرد، پس از بلوغ، اختیار این نکاح به دست فرزند است، اگر مایل بود امضاء و اجازه می کند و اگر طالب نبود ردّ می کند. [۱] یا روایاتی که می گوید: اگر عبدی بدون اذن مولی تزویج نمود، زمام امر نکاح به دست مولای او است فَاِنْ اَجازَ جازَ که در مسئله قبلی این روایات گذشت.

[البته دو نمونهٔ قبلی از باب مثال بود و مطلب وسیعتر از آن است، فی المثل اگر مردی زنی را فضولیّاً به عقد مرد دیگر درآورد اگر آن زن ثیّبه باشد خود باید اجازه کند و اگر باکره باشد ولیّش باید اجازه دهد و ...].

حال اگر نکاح فضولی با اجازهٔ بعدی صحیح است پس بیع فضولی و سایر معاملات او به طریق اولی با اجازهٔ بعدیِ مالک اصلی صحیح خواهد بود. و وجه اولویّت احد الامر این است:

الف: نکاح تملیک بُضع [استمتاعات] مرئه است، و بیع تملیک مال غیر است، به عبارت دیگر نکاح مربوط به عِرْض انسان است و بیع امر مالی است، و اگر امر عِرضی فضولی بردار باشد امر مالی به طریق اولی.

ب: شرع مقدّس به امر نکاح اهمیّت فراوانی داده است و احکام و مقرّرات و شروط سنگینی را وضع کرده است و آن مقدار از اهتمام که در امر نکاح وجود دارد در ابواب دیگرِ معاملات نیست [و فلسفهٔ این اهتمام هم در پاره ای از روایات به این تعبیر آمده: لانّه یکون منه الولد[۲] یعنی مسئله صرفاً مسئلهٔ مالی و لذّات جنسی و تمتّعات نیست، مسئلهٔ اولاد و فرزندان مطرح است و نکاح منشأ پیدا شدن فرزند و فرزند سبب سعادت و یا شقاوت خود و جامعه اش می گردد و خیلی مهمّ است که اختلاط میاه نشود، ولد شبهه نباشد، ولدزنا تحقّق نیابد و ...].

---

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۴، ص۲۲۰، باب۱۳ روایات باب.
(۲) مثل روایت بعدی که از وکالت مطرح است.

حال اگر در باب نکاح با آنهمه اهمیّت و احتیاط و سخت گیری فضولی صحیح باشد پس در بیع به طریق اولی.

[نکته: در احکام الزامی اگر فرد اخّف حکمی داشت فرد اشّد به طریق اولی آن را خواهد داشت مثل حرمت افّ در قبال والدین که به طریق اولی حرمت ضرب و شتم را دارد. و در احکام ترخیصی امر به عکس است یعنی اگر فرد اشّد حکمی داشت فرد اخّف به طریق اولی، ومانحن فیه از این قبیل است.]

قوله: وقداشار:

برخی از اساطین فقه برای صحّت معاملات فضولی به این دلیل [فحوی] تمسّک کرده اند، منجمله شهید اوّل ره در غایة المَراد، و مرحوم صاحب ریاض در ریاض المسائل و بلکه ادّعا کرده که لو لا این دلیل هفتم سایر ادّله قابل خدشه است، چرا که اجماعات منقول فراوانی داریم [کما سیأتی در ادّلهٔ مخالفین] مبنی بر منع و بطلان بیع فضولی و می توانند جلو اطلاقات را بگیرند ولی ایندلیل فحوائی قطعی است و اجماع منقول نمی تواند در قبال آن عرض اندام کند.

قوله: وهو حسن:

مرحوم شیخ می فرماید: استدلال به اولویّت در جای خود پسندیده است ولی روایتی در باب وکالت داریم که آن روایت عکس این اولویّت را دلالت می کند و این را از ارزش می اندازد.

بیان ذلک: دو فرع فقهی داریم که اهل سنّت میان آندو فرق گذاشته اند:

۱ـ شخصی وکیل در تزویج بود، یعنی از سوی زنی وکیل شده بود تا وی را به عقد مردی درآورد، پس از مدتی زن او را از وکالت عزل کرد و شاهد هم گرفت، ولی هنوز خبر عزل به گوش وکیل نرسیده بود، وکیل به خیال اینکه واقعاً وکیل است برای زن شوهری یافته و او را به عقد وی درآورد، آیا این نکاح صحیح است یا نه؟ عامّه گفته اند: خیر باطل است، و شرط بطلان وکالت در

نکاح را عزل واقعی دانسته اند.

۲ـ شخصی وکیل در بیع و معاملات بود، پس از مدّتی موکّل او را از وکالت عزل کرد ولی هنوز خبر عزل به گوش او نرسیده بود، او به خیال اینکه وکیل است متاعی را برای موکّلِ خود فروخت آیا این بیع صحیح است؟ عامّه گفته اند:

آری صحیح است، و شرط بطلان وکالت در معامله را عزل علمی دانسته اند یعنی اینکه خبر عزل به گوش وکیل برسد، پس تا نرسیده او وکیل است و معاملاتش صحیح است.

سپس در مقام فرق گذاری میان دو فرع مذکور گفته اند:

امور مالی [که در وکالت در بیع مطرح است] عوض دارد [مثلاً خانه یا اتومبیل اگر از ملک موکل درآید، در عوض ثمن به ملک او درمی آید] و لذا تضرّری پیش نمی آید و هیچ مانعی ندارد که تصرّفات وکیل نافذ و مؤثّر و صحیح باشد. ولی امر عرضی [که در وکالت در نکاح مطرح است.] و مسئلهٔ بُضْع مرئه که عوض ندارد [یعنی خیلی بالاتر از عوض مالی قیمت دارد چون مسئله ولد را بدنبال دارد و ولد که قابل مقابله به مال و ارزش گذاری نیست.] تا حکم به نفوذ تصرّف وکیل شود، خیر حکم به بطلان می شود.

امام عليه‌السلام در ردّ این فتوی فرموده: سبحان الله!! چقدر این حکم و فتوی جائرانه وفاسد و باطل است سپس علّت ذکر کرده: نکاح بهتر و سزاوارتر است که در آن احتیاط شود [به معنائی که خواهد آمد.] زیرا نکاح تملیک فرج و بضع مرئه است [و بیع تملیک مال است] و از نکاح است که فرزند پیدا می شود [و قبلاً به اهمیّت آن اشاره کردیم] [متن روایت مفصّل بود لذا نیاوردیم طالبین به آدرس ذیل مراجعه کنند[1]].

قوله: وحاصله:

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۳، ص۲۸۶، باب دوّم از ابواب وکالت حدیث۲.

حاصل کلام امام علی علیه السلام آنست که: اگر در مورد وکیل معزول بیع محکوم به صحّت است نکاح به طریق اولی باید صحیح باشد.

قوله: فدلّ:

سئوال: این روایت چه ضرری به مستدلّ دارد؟

جواب: مستدلّ در استدلال خود باب نکاح را اصل و باب بیع را فرع قرار داد و گفت: اگر نکاح فضولی صحیح باشد پس بیع فضولی به طریق اولی صحیح خواهد بود.

ولی امام علیه السلام در این حدیث عکس کرده یعنی باب بیع را اصل و باب نکاح را فرع قرار داده و فرموده: اگر بیع وکیل معزول صحیح است پس به طریق اولی باید نکاحش صحیح باشد، آنگاه طبق کلام امام نکاح فرع بیع است و قانون قیاس اولویت آنست که: حکمی که برای اصل ثابت شد به طریق اولی برای فرع ثابت است امّا حکمی که برای فرع ثابت بود که نتوان گفت: به طریق اولی برای اصل ثابت است، وگرنه اصل و فرعی نخواهیم داشت، اولویّتی نخواهیم داشت. پس طرز استدلالِ مستدلّ با حکم عامّه می سازد نه با این روایت که از امام علی علیه السلام آوردیم. [و وجوهی هم که برای اولویّت ذکر شد شبه وجوه اجتهادی و استحسانی خواهد بود که در قبال نصّ صریح فاقد ارزش است.]

قوله: بقی الکلام:

کلمه ای در روایت امام علی علیه السلام بود که فرمود: النکاح اولی واجدر ان یحتاط فیه ... .

منظور امام علیه السلام از احتیاط چیست؟ احتیاط مصطلح که همان احتیاط تام و مطلق باشد عبارتست از تحفّظ و مواظبت بر واقع و مراعات جمیع احتمالات، یعنی تحصیل موافقت قطعیه و اتیان به جمیع احتمالات، و کاری بکند که علی کلّ حال وتقدیر به واقع برسد و یقین کند که واقع هر کدام بود انجام داده و امتثال

کرده است.

فی المثل در دوران بین ظهر و جمعه احتیاط به اتیان هر دو است، در دوران بین خمریّت احدالانائین احتیاط به ترك و اجتناب از هر دو است، در دوران بین اقل و اکثر احتیاط به اتیان اکثر است و ... امّا همهٔ اینها در مواردی است که احتیاط ممکن باشد و درمانحن فیه یعنی امر نکاح و امور ناموسی همانند امور مالی احتیاط ممکن نیست و دوران بین المحذورین است.

فی المثل وقتی نمی دانیم که فلان مالِ معیّن ملک زید هست یا نه؟ نتوان گفت: هم هست و هم نیست، یا وقتی نمی دانیم که فلان مال مالِ زید است یا مال بکر؟ نتوان گفت: نه این و نه آن، یا هم این و هم آن، یا فقط این، یا فقط آن، یا تبعیض، هیچکدام از اینها احتیاط کامل نیست. و اصلاً احتیاط مطلق در اینجا ممکن نیست، هکذا وقتی زوجه ای مشتبه است و نمی دانیم زنی را که وکیلش پس از عزل واقعی به عقد مردی درآورده زوجهٔ شرعی و قانونیِ این مرد هست یا نه؟ احتیاط راه ندارد و نتوان گفت: هم هست و هم نیست و ... و مراعات جمیع احتمالات میسور نیست.

حال با این وصف فلسفهٔ حکم به احتیاط چیست؟ و به چه ملاکی امام علیه السلام مانحن فیه را از باب احتیاط دانسته و فرمودند: حکم به ابقاء نکاح احوط است؟

شیخ اعظم می فرماید: منظور احتیاط مصطلح نیست، منظور یک احتیاط ناقص و نسبی است.

بیان ذلک: اگر ما به عنوان حاکم یا مفتی در ظاهر و طبق قواعد و استنباطاتمان حکم به بطلانِ نکاح کنیم، ولی در واقع وعندالله نکاح باطل نباشد و آن زن زوجهٔ شرعیِ این مرد باشد، اوّلین نتیجهٔ حکم ما تفریق میان زوجین است، و بدنبال آن چه بسا زن با مرد دیگری ازدواج می کند و وقاع محقق می شود و در نتیجه ناخواسته و ناخودآگاه زنای با زن شوهردار انجام شده که مجازاتش در

اسلام به مراتب سنگین تر است یعنی موجب رجم است.

ولی اگر ما به عنوان حاکم و مفتی در ظاهر حکم به صحّت نکاح کنیم، در اینجا ولو در واقع و عنداللّه صحیح نباشد و باطل باشد ولی نتیجهٔ فتوای ما آنست که: زن و مرد جمع شده و سپس یک وطی با مرئه ای که از هر مانعی خالی است [شوهر ندارد، در حال عدّه نیست، در حال حیض نیست و ...] محقّق شده و این یا وطی به شبهه است و یا حداکثر زنا با غیر ذات البعل است که مجازات آن صد تازیانه است و به پای رجم و ... نمی رسد. پس حکم به ابقاء نکاح احوط است یعنی اشدّ احتیاطاً است یعنی کاری است که قبح آن یا احتمال قبح کمتر است و از باب دفع افسد به فاسد باید همین را اختیار کرد. اینست منظور امام علیه السلام از احتیاط.

قوله: وکیف کان:

ما طبق برداشت خویش توجیهی برای کلمهٔ یحتاط در کلام امام علیه السلام کردیم، حال این تفسیر صحیح باشد یا نه، مهمّ اینست که: مستدلّ می گفت: اگر نکاح فضولی صحیح باشد پس بیع فضولی به طریق اولی صحیح است.

و این روایت این مطلب را ردّ می کند و عکس آن را ثابت می کند یعنی دلالت دارد که: اگر بیع صحیح بود نکاح به طریق اولی صحیح است. و این مقدار ما را بس است.

قوله: ثم انّ:

روایت امام علی علیه السلام به کلّی از بحث ما خارج است و ربطی به مسئله فضولی ندارد زیرا مورد آن روایت، باب وکالت است و شخص وکیل قانونیِ زن بوده و هنوز از عزل خود خبر نداشته و خود را شرعاً و قانوناً در تزویج زن برای دیگران مجاز می دانست و هرگز به مخیّله اش خطور نمی کرد که فضولی باشد.

ولی مسئلهٔ ما راجع به کسی است که می داند فضولی است و معذلک به امید

اجازه و امضای مالک اقدام می کند. پس ربطی بهم ندارند. ولی از این نظر که یک ضابطهٔ کلّی از روایت بدست آوردیم به درد ما می خورد و آن اینکه هر جا معاملات مالی امضاء شد و به صحت آنها حکم گردید لازمه اش آنست که نکاح هم امضاء شود نه عکس مطلب که مبنای استدلال مستدل بود.

خلاصه اینکه: با استناد به این حدیث اولویّتی را که مستدل تصویر کرد ابطال نموده و عکس آن را ثابت کردیم.

جمع بندی:

مجموع ادّلهٔ صحّت بیع فضولی هفت دلیل شد:

۱ـ **شهرت فتوائی:** به عقیدهٔ مشهور، شهرت دلیل مستقلّی نیست و در حدّ مؤید و معاضد ارزش دارد.

۲ـ **اجماع منقول:** به عقیدهٔ مشهور این نیز به تنهائی حجّت نیست و مخصوصاً در مانحن فیه که معارض دارد و سیأتی که قائلین به بطلان کراراً بر بطلان بیع فضولی ادّعای اجماع کرده اند.

۳ـ عمده دلیل شیخ اعظم اطلاقات و عمومات بود و دلیلیّت اینها را از هر اشکالی خالی کردند.

۴ـ دلیل عقدٌ صَدَرَ من اهله ووقع فی محلّه ... که به دلیل سوّم ارجاع دادند.

۵ـ روایت عروهٔ بارقی: دلالت آن را بر بیع فضولی ردّ کردند.

۶ـ روایت محمدبن قیس: این نیز دلالتش بر مدّعا ابطال شد.

۷ـ فحوی یا اولویّت: این دلیل را نیز نپذیرفتند.

قوله: ثم انّه ربّما یؤید:

مؤیِّداتی چند بر صحت بیع فضولی:

پس از فراغ از ذکر ادّلهٔ عامّه می پردازیم به بیان روایات خاصّه ای که

هر کدام به باب خاصّی مربوط است و عدّه ای آنها را مؤیّد مسئلهٔ ما قرار داده و بعضی آنها را دلیلهای مستقل و جداگانه قرار داده اند، و به عقیدهٔ شیخ اعظم اینها مؤیّد هستند:

مؤیّد اوّل: اخبار خاصّه ایکه در باب مضاربه وارد شده:

شخصی صاحب سرمایه است و دیگری عامل مُضارب است و مالک سرمایه مبلغی را در اختیار عاملِ مُضارب قرار داده تا با آن تجارت کند و اگر سودی حاصل شد به نسبت مذکور در قرارداد با یکدیگر سهیم باشند، در ضمن صاحب سرمایه با عامل طی کرده که فلان متاع و کالا را خرید و فروش کند [که ظاهرش ایجاد تضییق است یعنی فقط حق داری این را خریداری کنی نه متاع دیگر را، نه اینکه ذکر آن از باب مثال باشد.]

ولی عامل مضارب تخطّی کرده و متاع دیگری را خرید، در چنین فرضی از امام علیه السلام پرسیده اند: حکم چیست؟

امام علیه السلام طبق روایت جمیل(۱) و صحیحهٔ محمدبن مسلم عن احدهما(۲) و صحیحهٔ حلبی از امام صادق علیه السلام(۳) و ... فرموده اند: عامل مضارب ضامن است [یعنی چون تعدّی کرده اگر متاع تلف شد و یا دچار خسران و زیان شد وی ضامن است و نتوان گفت: او امین بوده ولیس علی الامین الاّ الیمین.] و ربح و سودی که از بابت فروش متاع عائد می شود به نسبت مال هر دو می باشد.

قوله: فانّها:

کیفیّت استشهاد: ظاهر قضیّه اینست که: معاملهٔ عامل فضولی بوده، و امام علیه السلام در چنین معامله ای حکم به صحت فرمودند، و ضمناً مطلق آوردند،

---

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۳، ص۱۸۲، باب اوّل، حدیث۹.
(۲) وسائل الشیعه، ج۱۳، ص۱۸۲، باب اوّل، حدیث۱.
(۳) وسائل الشیعه، ج۱۳، ص۱۸۲، باب اوّل، حدیث۷.

یعنی نفرمودند: اگر صاحب سرمایه راضی شد و اجازه داد صحیح است بلکه بقول مطلق فرمودند: الربح لهما ... یعنی چه اجازه بکنند یا نه، و چه حتّی ردّ هم بکند باز معامله صحیح است. حال دو احتمال وجود دارد:

۱ـ یا حدیث مذکور را بر ظاهرش ابقاء کرده و می گوئیم: اجازه لازم نیست، در این صورت خلاف قاعده می شود، زیرا قانوناً معاملهٔ فضولی موقوف به اجازهٔ مالک است.

ولی این معاملهٔ خاصه موقوف نیست و صرفاً حکم تعبّدی و به برکت نصّ خاص خواهد بود که از آن قاعده خارج شده است. طبق این احتمال از روایات باب مضاربه می توان به نفع ما، در مانحن فیه استیناس کرد، به این صورت که: از اخبار خاصّه استفاده می شود که اذن سابق لازم نیست، زیرا این اخبار حتی اجازهٔ بعدی را هم ذکر نکرد و معتبر ندانست پس به طریق اولی اذن قبلی معتبر نیست، و همین اندازه ما را بس است که می شود در معامله ای انسان نه مالک باشد و نه اذن قبلی داشته باشد و معذلک معامله صحیح باشد.

۲ـ و یا اطلاقات مذکور را بر صورت رضایتِ بعدیِ مالک حمل کرده و می گوئیم: حکم امام علیه‌السلام به صحّت و اینکه: الربح لَهما ... بر این فرض است، و منشأ این حمل احد الامرین است:

الف: غالباً وقتی مالک فهمید که این متاع هم سودآور است راضی می شود و برای او متاعی که خودش قید کرده موضوعیّت ندارد، بلکه به خیال بازدهیِ بیشتر گفته بود: فلان متاع را معامله کن.

ب: مقتضای جمع میان دو دسته ادّله، حمل مذکور را اقتضا دارد، بیان ذلک:

اخبار خاصّهٔ باب مضاربه اطلاق دارد و فرض اجازه و عدم آن، رضایت مالک و نبود آن را شامل است. ولی ادّلهٔ طیب نفس که می گوید: لایحلّ مال امرء

مسلم الاّ بطیب نفسه، لاتأکلوا ... الاّ ان تکون تجارةً عن تراض و ... یا می گوید: نقل مال مالک به دیگران باید به اذن خود مالک باشد[۱] دلالت دارد که باید طیب نفس مالک و رضایت خاطر او هم باشد با این ادلّه آن اطلاقات تقییر شده و بر فرض رضای مالک حمل می شود.

نتیجهٔ حمل مذکور آنست که: مضاربهٔ مذکور مصداقی از مصادیق بیع فضولی می شود که با اجازهٔ مالک صحیح شده و مطلوب ما هم همین است.

قوله: وصحّتها:

سئوال: چرا این امر را به صورت مؤید آوردند نه دلیل؟

جواب: چون دو احتمال وجود دارد:

۱ـ صحّت معاملهٔ فضولی در خصوص مضاربهٔ مذکور به حکم نص خاص بوده و تعبّدی است و مخصوص همان باب است و حقّ تعدی به سایر ابواب نداریم.

۲ـ معاملهٔ مذکور خصوصیتی ندارد و همهٔ معاملات فضولی همین حکم را دارند و مناطشان یکی است پس حقّ تعدی داریم. واذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال ولی لم یبطل التأیید.

مؤیّد دوّم:

قوله: ومن هذاالقبیل:

مؤیّد دیگر اخبار خاصّه ای است که در رابطه با اتّجار و تجارت کردن با مال یتیم وارد شده است و مفادش آنست که: اگر غیر ولّی با اموال یتیم تجارت کرد، چنانچه ضرر کند باید جبران نماید، و اگر سود ببرد تمام آن مال یتیم خواهد بود.[۲]

---

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۲، ص۲۴۸، به بعد باب اوّل روایات باب.

(۲) وسائل الشیعه، ج۶، ص۵۷، باب دوّم روایات باب.

قوله: فانّها ان حملت:

این روایات نیز مثل روایات مضاربه اطلاق دارد و سخن از اجازهٔ ولّی به میان نیاورده است، و لذا سه احتمال، وجود دارد:

۱ـ اطلاقات بر صورت اجازهٔ ولی حمل شود و حکم به صحت بر این فرض باشد، چنانکه گروهی به پیروی از شهید اوّل این حمل را پذیرفته اند. در این صورت معاملهٔ مذکور مستقیماً از مصادیق بیع فضولی بوده و با اجازهٔ ولی محکوم به صحت گردیده وهوالمطلوب.

۲ـ روایات به اطلاقات خود ابقاء شوند و مسئلهٔ استیناس مطرح شود، به همان نحوی که در روایات مضاربه مطرح شد. بعضی از متقدمین بر شهید این حمل را پسندیده اند.

۳ـ معاملهٔ مذکور باز هم فردی از فضولی است و اجازه لازم دارد و اجازه هم داده شده امّا نه اجازهٔ ولّی بلکه اجازهٔ الهیّه [امام که حکم به صحت کرده حکم او حکم پیامبر ﷺ و حکم رسول ﷺ حکم اللّه است.] و به طریق اولی کفایت می کند.

قوله: فتأمّل:

احتمال سوّم باطل است زیرا بحث ما در اجازهٔ فرد بشر به عنوان مالک یا قیّمِ مالک است نه اجازهٔ شارع مقدّس و ظاهر از اجازه هم اجازهٔ بشری است. باز وجه مؤیّد بودن این اخبار و نه دلیل بودن آنها: همان است که در مؤیّد اوّل ذکر کردیم.

مؤیّد سوّم:

قوله: وربّما یؤیّدالمطلب:

مؤیّد سوّم بر مطلب [صحّت بیع فضولی]

روایتی از ابن اشیم [دو گونه ضبط شده:
۱ـ أَشْيَمْ بر وزن أَكْرَمْ
۲ـ أُشَيْمْ بر وزن رُجَيْلْ] است.

این روایتِ دربارهٔ عبدی است که از طرفی از سوی موالیِ خود اجازه داشته که برای آنان تجارت و دادوستد نماید، و از طرفی شخص دیگری مبلغ هزار درهم به او داده که به نیابت از باذل عبدی را خریداری کرده و آزاد نموده و با تتمّه هزار درهم او را به مکّه فرستد تا به نیابت از پدر باذل حجّی بگذارد، عبد مأذون طبق تقاضای دهندهٔ هزار درهم عمل کرد و از قضا پدر خودش را که نزد گروهی دیگر عبد و برده بود خریداری و آزاد کرد و حج فرستاد، وقتیکه پدر از حج برگشت سه گروه در مورد این پدر به نزاع و مخاصمه برخاستند.

۱ـ موالی عبد مأذون مدّعی هستند: عبد ما با پولی که ما در اختیارش گذاشته بودیم پدرش را خریداری کرده و الآن پدر او هم بردهٔ ما شده است.

۲ـ موالیِ پدرِ عبدِ مأذون هم مدّعی هستند که: خود ما نیز مبلغی در اختیار عبد مأذون گذاشته بودیم و با پول ما پدرش را که عبد ما بود خریده و معامله باطل است و کما کان پدر او عبد ما است.

۳ـ ورثهٔ باذل هم مدّعی هستند که: قبل از اینکه عبد مأذون با هزار درهم بنده ای خریده و آزاد کند پدر ما از دنیا رفته بود و مبلغ مذکور به ارث به ما منتقل شده بود و او با پول ما پدرش را خریده پس پدر او هم اکنون بردهٔ ما است. حال حکم چیست؟

امام باقر عليه‌السلام فرمود: حکم آنست که: مملوك [پدر عبد مأذون] به صاحبان اصلی اش [موالیِ پدر] برمی گردد و بندهٔ آنان است، آنگاه دو گروه دیگر [ورثهٔ باذل و موالیِ عبد مأذون] که هر کدام ادّعائی دارند، باید اقامهٔ شهود نمایند و هر گروهی شاهد اقامه کرد که با پول آنها این عبد خریداری شده، عبد به او

تعلّق گرفته و بردهٔ او خواهد شد.[۱]

قوله: بناءً:

کیفیّت استشهاد: آیا صرف ادّعای شراء با پولِ ورثه یا موالیِ عبد کافی است؟ خیر، آیا اقامهٔ شهود بر ادّعای خود کافی است؟ خیر، زیرا بر فرض اقامهٔ شهود تازه معامله فضولی بوده و اذن قبلی نبوده و نیاز به اجازهٔ بعدی است. پس آنچه مبنای حکم امام عليه‌السلام است اینست که: اینان که خواهان عبد هستند همین مطالبه اجازهٔ ضمنی است و بدان معنی است که معامله را امضاء کرده و بدان راضی هستند، و همین مقدار کفایت می کند، و این همان فضولی است که با اجازهٔ صریح یا ضمنیِ مالک صحیح می گردد، و امام عليه‌السلام بر این اساس حکم به صحت فرموده است.

پس از این روایت هم صحت فضولی مستفاد است منتهی درحدّ یک مؤید نه دلیل، زیرا مورد خاصّی است و احتمال خصوصیت دارد و نتوان آن را دلیل قرار داد.

مؤیّد چهارم: صحیحهٔ حلبی: شخصی از فروشنده ای پیراهنی خریداری کرده و در ضمن معامله با بایع شرط نکرده که اگر نپسندیدم برگردانم و فسخ کنیم، [خیار شرط قرار نداده] از قضا پارچه یا لباس را برد و نپسندید و برگرداند نزد فروشنده و تقاضای فسخ نمود فروشنده گفت: به یک شرط حاضر به فسخ و پس گرفتن مبیع هستم، و آن اینکه مبلغی از ثمن کم کنی.

[مثلاً اگر ده هزار تومان به من داده ای حالا نُه هزار تومان به تو برگردانم] این چه حکمی دارد؟ [اقاله ای است که در آن شرط نقصان کرده اند].

امام عليه‌السلام فرمود: صلاح نیست که مبیع را با این شرط پس بگیرد [چنین اقاله ای باطل است زیرا بر مسلک امامیّه اقاله فسخ عقد قدیم است و در فسخ باید به همان ثمن المسمّی باشد نه کمتر و نه بیشتر، و شرط وضیعه و نقصان

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۳، ص۵۳، باب۲۵، حدیث اوّل.

مخلّ است.]

حال اگر فروشنده از روی جهل و نادانی [به حکم شرعیِ حرمت و فساد] متاع را از مشتریِ اوّل گرفت و به مشتری دیگری به قیمت بیشتری [مثلاً به دوازده هزار تومان] فروخت، زیادیِ ثمن [سه هزار تومان] را باید به مشتریِ اوّل برگرداند(۱).

کیفیت استشهاد: حکم امام ﷺ به استرداد مازاد بر چه اصلی است؟ تنها اصلی که به ذهن ما می آید اصل بیع فضولی است، یعنی اقاله که فاسد شد متاع همچنان ملک مشتریِ اوّل است و فروشنده به خیال صحت اقاله و تصاحب دوبارهٔ متاع، آن را برای خود فروخته است.

ولی امام ﷺ می فرماید: این بیع برای او واقع نمی شود، برای صاحب متاع یعنی مشتری اوّل واقع می شود و چون غالباً با فرض سوددهی مالک اصلیِ راضی می شود لذا حکم به صحّت و استرداد مازاد به مشتریِ اوّل فرموده است، و وقتی بیع فضولی لنفسه صحیح بود [مسئله سوّمِ فضولی است که خواهد آمد.] پس بیع فضولی للمالک [مسئله اوّل است که الآن مطرح می باشد] به طریق اولی صحیح خواهد بود.

مؤید پنجم: موثّقه عبدالله از امام صادق ﷺ: شخصی است که سمسار و دلاّل است [ابن اثیر در مادّهٔ سمسر می گوید:

فی حدیث قیس بن ابی غرزه کنّا نَسَّمَی السَّماسِرَةَ علی عهد رسول الله ﷺ، فَسَّمانَا التُجّار، السَّماسِرَةُ جمع سِمْسار، وهوالقَیّم بالامر الحافظ له، وهو فی البیع اسمٌ للذّی یَدْخُلُ بین البایع والمشتری متّوسطاً لامضاء البیع. والسمسرة: البیعُ والشراء.(۲)]

---

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۲، ص۳۹۲، باب۱۷، حدیث اوّل.

(۲) النهایة لابن الاثیر، ج۲، ص۴۰۰.

و حرفهٔ او آنست که برای دیگران متاعی خریداری می کند و در قبال کارش مزدی دریافت می کند، حال مقداری وَرِقْ یعنی درهم یا نقرهٔ سکّه دار به او داده می شود تا برود چیزهائی خریداری کند، ضمناً صاحب دراهم با او شرط می کند که: وقتی چیزهائی خریدی و نزد ما آوردی ما مختار باشیم آنچه را از امتعه خواستیم و پسندیم برای خود برگیریم و آنچه را ناخوش داشتیم برنداریم، آن دلاّل به بازار می رود تا متاعهای موردنظر را خریداری کند، پس از خریدن نزد صاحبان پولها می آورد و به آنان می گوید: این شما و اینهم کالاهای مورد نظرتان آنچه را می خواهید بگیرید و آنچه را نمی پسندید واگذارید، حال این کار چه حکمی دارد؟

امام علیه السلام فرمودند: لابأس[1] یعنی اشکالی ندارد.

کیفیت استشهاد: در این حدیث سه احتمال وجود دارد.

۱ـ منظور این باشد که صاحبان دراهم، درهمها را به سمسار به قرض داده اند و ملک او گردیده و سپس با این پولها برای خود امتعه ای خریده و بعد آنها را نزد طلبکاران آورده و می گوید: بیائید و عوضِ دینتان از این کالاها آنچه می خواهید بردارید، آنها هم چیزهائی را اختیار کرده و در ازاء طلب خود برمی دارند و بدین وسیله سمسار ایفاء دین می کند.

سئوال: در حدیث کلمهٔ «یشتری بالاجر» داشت یعنی در برابر مزدی خریداری می کند و ظاهرش اینست که: برای صاحبان پول خرید و فروش می کند نه برای خودش، آیا این تعبیر با احتمال مذکور منافی نیست؟

جواب: خیر منافاتی ندارد، زیراً شاید تعبیر مذکور برای آنست که: حرفهٔ وی سمساری و دلاّلی و خرید و فروشِ بالأجْرْ بوده و بر آن اساس تعبیر کرده نه اینکه در قضیّهٔ شخصیّهٔ مورد روایت هَم شراء بالاجر باشد، [از قضا تعبیر به

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۲، ص۳۹۴، باب ۲۰، حدیث دوّم.

یشتـری به صـورت مـضـارع مـؤیّد هـمـین امـر است چون دالّ بر اسـتـمـرار و دوام است .]

۲ـ منظور این باشـد که : سمـسار با اذن قـبلیِ صاحبـان پول برای آنان امتعه ای خریده و نزد آنان مـی آورد و ضـمن معـامله برای خود حق الخیار قرار داده کـه آنچه از این اجناس را صاحبان پول نپذیرفتند به خود فروشنده برگرداند .

۳ـ منظور این باشـد که : وی اذن قـبلی نداشتـه و فضـولیاً امتـعه ای را خـریده و نزد صاحبان پولها آورده و از آنها می خواهد که اختیار کنند ، و آنان هر متاعی را که اختـیار می کنند به معنای امضـاء ضـمنیِ آن است و هـر کـدام را که تـرك می کنند به معنای ردّ ضـمنیِ آن بخش از معـامله است . حال طبق دو احـتـمال قـبلی این حدیث ربطی به بیع فضـولی نداشته و مؤیّد مطلب ما نیست ، ولی طبق احتمال سوّم کاملاً تأیید بر مطلب است .

ضمناً در روایت تعبیر روشنی نیست که ظهور در دو احتمال قبل داشته باشد ، بلکه هر سه احـتـمال مـحتمل اسـت و امام عليه السلام در مقـام جواب کـه فرمـود : لابأس استفصال واستفسار نکرد و نفرمود : اگر احتمال اوّل باشد چه می شود؟ و اگر ... بلکه بـه قـول مطلق فـرمـود : لابأس و ترك اسـتـفـصـال مـفـیـدعـمـوم است ، یعنی هر کدام از این احتمالات که باشـد اشکالی ندارد ، پس به عمومش احتمال ثالث را هم می گیرد ، یعنی به صورت فضولی هم که باشـد اشکالی ندارد . وهوالمطلوب ، البته با اینهمه احتمالات دلیل نیست ولی مؤید هست .

مؤید ششم : اخبـاری کـه می گـوید : نکاح عـبد بدون اذن سیّد باطل نیـست و موقوف به اجازۀ بعدیِ سیّد است فَاِنْ اجاز جاز ... .

[البتـه قبـلاً در دلِیـل هفتم به فَـحـوای این اخـبـار اسـتـناد شـد و مـرحـوم شیـخ نپذیرفت ، ولی خود ایشان به تعلیل مذکور در آن اخبار استناد کرده اند .]

سپس تعلیل کـرده : این عبد خـدا را که معـصیت نکرده تا قابل لحـوق اجازه و

رضایت نباشد، مولایش را سرکشی کرده که با رضایتِ بعدیِ مولی جبران می شود[1].

وجه التأیید: از این تعلیل مستفاد است که مانع از صحّت بیع یا هر معامله ای دو گونه است:

۱ـ مانعی که قابل زوال نیست و امید زوالش نمی رود، مثل معصیت خدا که مانع از صحت نکاح است و هرگز زائل نمی شود زیرا خدا هرگز به گناه راضی نمی شود.

۲ـ مانعی که امید زوالش می رود، مثل معصیت سیّد که با رضایت بعدیِ او جبران می شود و مسئلهٔ طیب نفس مالک در معاملاتِ فضولی از این قبیل است که نبودش مانع از صحّت بیع است ولی با آمدن طیب نفسِ مانع مرتفع شده و مقتضی هم که موجود است پس وجهی برای بطلان نخواهیم داشت.

نتیجه: با رضایتِ بعدیِ مالک بیع فضولی صحیح است.

قوله: هذا غایة:

این بود حداکثر چیزی که برای صحت بیع فضولی قابل استدلال و یا حداقّل قابل استشهاد و تأیید بود، و چنانچه ملاحظه شد برخی از این وجوه و ادلّه و مؤید است اگرچه قابل مناقشه بود، ولی برخی دیگر متقن و مستحکم بود و همان مقدار فقیه را کفایت و بی نیاز می کند.

[البته بزرگان متأخرین از مرحوم شیخ اعمّ از حواشی و تقریرات مکاسب در رابطه با این وجوه سبعه و مؤیّدات ستّه سخنان نغز و جالب فراوان دارد، فی المثل مرحوم سیّد در حاشیه وجوه دیگری مازاد بر مذکورات در متن آورده اند[2].

و مرحوم آقای خوئی در تقریرات از این مؤیدات به ادلّه تعبیر کرده و در

---

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۴، ص۵۲۳، باب ۲۴، حدیث ۱و۲و... .
(۲) حاشیهٔ السیّد علی المکاسب، ص۱۳۸.

مجموع یازده وجه را مورد بحث و بررسی قرار داده اند[۱] و مرحوم ایروانی مؤید ششم را به عنوان اقوی الحجج بر صحّت فضولی دانسته اند[۲] و مرحوم شهیدی در اکثر مؤیّدات مناقشه دارند[۳] که طالبین مراجعه فرمایند.]

قوله: واحتجّ:

ادلّهٔ غیرمشهور یا طرفداران بطلانِ بیع فضولی:

مشهور فقهاء متقدّم و متأخّر به صحّت بیع فضولی فتوی دادند و دلائل و مؤیّدات آنان گفته آمد. [منظور صحّت تعلیقی بود یعنی موقوف بر اجازهٔ مالک است.]

در مقابل عدّه ای از فقهاء به بطلانِ بیع فضولی فتوی داده اند و مدّعی شده اند که: بیع فضولی مثل بیع صبّی و مجنون و ... است و از ریشه باطل است و حتی اجازهٔ لاحق هم نقش و تأثیری ندارد، اینان برای بطلان به ادلّهٔ اربعه تمسّک کرده اند:

دلیل اوّل یا قرآن: از قرآن به آیهٔ تجارت استدلال کرده اند که می فرماید:

﴿لاتأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الاّ ان تکون تجارة عن تراضٍ﴾[۴]

کیفیت استدلال: به دو بیان به آیهٔ مذکور استناد کرده اند:

بیان اوّل: مفهوم حصر آیه است: لا والاّ مفید حصر است و معنای کلام آنست که: منحصراً مجوّز و مبیحِ اکل و تصرّف در مال دیگران تجارت براساس تراضیِ طرفین است. مفهوم حصر آنست که: پس غیرتجارت کذائی، ما عدای تجارت عن تراضٍ مجوّز و مبیح نیست، و این مفهوم بیع فضولی را هم دربرمی گیرد زیرا بیع فضولی هم تجارتِ نشأت گرفته از تراضی نیست و غیر آن

(۱) مصباح الفقاهة، ج۴، ص۱۹ـ۷۸.
(۲) الحاشیة علی المکاسب، ص۱۲۰.
(۳) هدایة الطالب، ص۲۷۰ـ۲۷۳.
(۴) سورهٔ نساء آیهٔ ۲۹.

است، پس بیع فضولی هم مجوّز اکل نیست یعنی تأثیری ندارد و فائده ای بر آن مترتب نیست وهذا معنی البطلان.

بیان دومّ: مفهوم وصف آیه است: کلمهٔ تجارت در آیه تحدید و تقیید شده به لفظِ عن تراض و معنای جمله اینست: تجارتی که این صفت دارد از تراضیِ طرفینَ سرچشمه گرفته و از این کانال تجاوز و عبور کرده است مجوّز اکل و تصرّف در اموال یکدیگر است مفهوم وصفِ کلام آنست که: پس تجارتی که عن تراضٍ نیست بلکه لاعن تراضٍ است مجوّز اَکل نیست، و این مفهوم بیع فضولی را نیز دربرمی گیرد، زیرا او هم تجارت لاعن تراضٍ می باشد، و مجوّز اکل نیست و معنای بطلان هم همین است.

و اگر خواستی بگو: بیع فضولی در مستثنای آیه [تجارةً عن تراض] داخل نیست زیرا تجارتِ سرچشمه گرفته از تراضی نیست، پس در مستثنی منه داخل است و اکل مال به باَطل است و مشمولِ حکم لاتأکلوا است.

قوله: وفیه:

مرحوم شیخ از هر دو بیان جواب می دهند:

امّا از مفهوم حصر: سابقاً در مسئلهٔ اختیار و اکراه به مناسبت گفته آمد که استثناء اگر بخواهد مفید حصر باشد به صورت مانعة الخلّو باید یکی از دو ویژگی را دارا باشد:

۱ـ یا استثناء متّصل باشد.

۲ـ و یا منقطع مفرّغ باشد و در مانحن فیه هیچکدام نیست یعنی استثناء مذکور در آیه اوّلاً منقطع است و ثانیاً غیرمفرّغ است:

امّا انقطاع: مستثنی منه اکل مال به باطل است و مستثنی تجارتِ عن تراضٍ است و پرواضح است که تجارت کذائی موضوعاً و تخصّصاً از اکل مَال به باطل خارج است نه اینکه موضوعاً داخل باشد ولی حکماً اخراج بشود و چنین اکل مالی

حرام نباشد، پس منقطع است و گروهی از مفسّران نیز بدان تصریح کرده اند[1].

واما غیرمفرّغ بودن: زیرا مستثنی منه [اموالکم] در کلام ذکر شده است. و به عقیدهٔ مرحوم شیخ چنین استثنائی مفید حصر نیست زیرا به معنای لکن استدراکی است و معنا آنست که: اکل مال به باطل ممنوع ولکن تجارت عن تراضٍ مشروع ولی منحصر بودن را نمی رساند [مثل لم یجیء زید لکن بکراً جاء که معنایش این نیست که: آمدن منحصر به بکر بوده و غیربکر احدی نیامد.] پس مفهوم حصر که ابطال شد، و معنایش آن نیست که اگر تجارتی از تراضی سرچشمه نگرفت ولی رضایت لاحق داشت باطل باشد.

و اما از مفهوم وصف: به پنج بیان جواب می دهند:

۱ـ در علم اصول مبحث مفاهیم به ثبت رسیده که اساساً جملهٔ وصفیّهٔ دارای مفهوم نیست. و اثبات شیئی نفی ما سوی نمی کند.

۲ـبر فرض مفهوم داری می گوئیم: آن وصفی مفهوم دارد و حکم ثبوتاً وعدماً دائر مدار او است که برآوردنِ آن هیچ فائده ای جز دلالت بر انتفاء عند الانتفاء مترتب نباشد، پس اگر فوائدِ دیگری برای آن متصوّر بود، باز نوبت به مفهوم داری نمی رسد، و در ما نحن فیه فائدهٔ دیگر دارد و آن وصف غالبی بودن است یعنی تقیید تجارت به قید عن تراضٍ برای بیان اینست که: غالب تجارتها چنین اند، زیرا از مالکهای اصلی و با رضایت قبلی سرچشمه می گیرند و این منافاتی ندارد که نادری از داد و ستدها اینگونه نباشند و رضایت سابق بر آنها نباشد بلکه لاحق باشد و معذلک صحیح باشند.

و ما نحن فیه نظیر تقیید در آیهٔ ربائب است که فرموده: **﴿وربائبکم اللاّتی فی حجورکم﴾**[2] یعنی ربیبه هائی که در دامان شما بزرگ شده اند بر شما حرام اند.

---

(۱) از قبیل امین الاسلام طبرسی در مجمع البیان، ج۳و۴، ص۳۶و۳۷.

(۲) سورهٔ نساء آیهٔ ۲۳.

امّا آیا این بدان معنی است که: ربیبه هائی که از قبل کبیر بوده و در دامان شما بزرگ نشده اند حرام نیستند؟ هرگز، مطلق ربائب حرام اند ولی تقیید آنها به اللآتی فی حجورکم از باب غالب است یعنی غالباً زنانی که تن به ازدواج مجدّد می دهند در سنّ جوانی هستند و فرزندان شوهران قبلیِ آنان خردسالند و در دامان مرد جدید بزرگ می شوند، و چنین تقییدی فقط توضیحی است و نه احتزاری و قطعاً مفهوم ندارد.

۳ـ در کلمهٔ تجارت عن تراضٍ از لحاظ اعراب دو احتمال وجود دارد:

الف: کوفییّن این کلمه را به رفع قرائت کرده اند، طبق این احتمال کلمهٔ تکون تامّه بوده و لفظ تجارت فاعل او است وعن تراضٍ وصف و قید تجارت است، و احتمال اینکه کان ناقصه باشد و تجارت به رفع اسم او وعن تراضٍ خبر او باشد بسیار بعید است زیرا اگر چنین بود لفظ تجارت به صورت نکره استعمال نمی شد بلکه معرفه می آمد و می فرمود: تکون التجارة عن تراضٍ.

ب: ماعدای کوفییّن کلمهٔ تجارت را به نصب قرائت کرده اند و تکون را ناقصه گرفته و اسم آن را ضمیر مستتر دانسته اند که به اکل و مجوّز اکل برمی گردد و کلمهٔ تجارت را خبر کان گرفته اند، باز بنابر قرائت نصب هم دو احتمال وجود دارد:

الف: عن تراضٍ قید و وصف تجارت باشد که غالباً نکره با توصیف ذکر می شود و این احتمال اقوی است. باز جملهٔ وصفیّه می شود.

ب: عن تراضٍ خبر بعد از خبر باشد یعنی تجارت خبر اوّلِ کان وعن تراضٍ خبر دوّم باشد و جملهٔ وصفیّه نباشد. خود این دو گونه است:

الف: گاهی از قبیل: زیدٌ شاعرٌ عالمٌ است که هر خبری استقلال دارد و بدون دیگری مفید معنای تامّ و یصحّ السکوت علیه است.

ب: و گاهی از قبیل: الرمّان حلوٌ حامضٌ است که هر یک از حُلْوْ و حامض

استقلال ندارند و منظور این نیست که: یک انار در آن واحد هم صددرصد شیرین و هم صددرصد ترش است بلکه منظور این است که: این انار ترش و شیرین یا مَیْخوش است.

وما نحن فیه از این قبیل است یعنی منظور آیه این است که: مجوّز اکل و سبب حلیّت تصرّف تجارت و تراضی است و هر دو باید باشد، آنگاه در بیع فضولی هم می گوئیم: باید هر دو باشد امّا اینکه تراضیِ سابق لازم باشد دلیلی ندارد، بلکه تراضی لاحق هم باشد کافی است و پس از آمدنِ اجازه بر بیع فضولی هم تجارت عن تراضٍ صدق می کند.

۴ـ خطاب آیهٔ شریفه [لا تأکلوا اموالکم بینکم] به مالکین اموال است و به آنان می فرماید: اموال یکدیگر را به باطل نخورید، بلکه با تجارت توأم با تراضی در اموال یکدیگر تصرف کنید و در بیع فضولی تا اجازه نیامده که تجارتِ مالک صدق نمی کند، آری پس از اجازه می گوئیم: باز تجارت میان مالک ها است وعن تراضٍ است و وجهی برای بطلان آن نیست.

۵ـ قوله: وقد حکی:

[مرحوم امین الاسلام طبرسی در مجمع فرموده: وقیل فی معنی التراضی فی التجارة قولان: احدهما انّه امضاء البیع بالتفرق او التخایر بعد العقد وهو قول شریح والشعبی وابن سیرین ومذهب الشافعی والامامیه لقوله: البیّعان بالخیار مالم یفترقا او یکون بیع خیار وربما قالوا او یقول احدهما للآخر اختر، الثانی: انّه البیع بالعقد فقط عن مالک وابی حنیفه[۱]].

شیخ می فرماید: فراز اوّل کلام طبرسی با احتمال خبر بعد از خبر بودن سازگار است زیرا دلالت داشت که: لازم نیست رضایت از قبل باشد بلکه امضاء بیع به تفرّق ابدان یا اختیار عقد [گفتنِ: اخترتُ العقد] حاصل می شود که

---

(۱) مجمع البیان، ج۳و۴، ص۳۷.

سببِ اسقاط خیار می گردد، پس لازم نیست تجارت عن تراضٍ باشد بلکه تراضیِ لاحق هم کافی است و این یعنی خبر بعد از خبر بودن نه جملهٔ وصفیّه و قید بودن.

دلیل دوّم یا سنّت: از سنّت به روایاتی چند استناد کرده اند که مرحوم شیخ در اینجا شش روایت را مطرح کرده اند و به دو روایت هم در ضمن جواب اشاره کرده اند:

روایت اوّل: خبر واحد مستفیض است که از قول رسول خدا ﷺ نقل شده: حضرت به شخصی بنام حکیم بن حزام فرمودند: **لاتبع ما لیس عندك**[1]

کیفیّت استدلال: اوّلاً لاتبع نهی است و مستقیماً به خود بیع و معامله تعلّق گرفته و چنین نهیی ارشاد به فساد است یعنی بی جهت تلاش نکن و معامله منما که این معامله فایده ای ندارد.

و ثانیاً منظور از ما لیس عندك همین معنای ظاهری نیست که: چیزی را که در نزد تو و پیش روی تو و در مقابل تو در مکانی که ایستاده ای نباشد حق نداری بفروشی، قطعاً مراد این نیست، زیرا مالک در هر کجای عالم که باشد حق دارد مال و ملک خود را در هر نقطهٔ دیگر از عالم بفروش برساند پس منظور کنایه است یعنی مالی را که بر او سلطنت نداری و نمی توانی آن را به مشتری تسلیم کنی و در واقع ملک تو نیست که بتوانی اقباض دهی، چنین مالی را نفروش و بیع واقع نمی شود آنگاه فضولی بر مال مردم سلطنت ندارد و بیع او مشمول این حدیث است و باطل می باشد.

روایت دوّم: طبق تفسیری که از حدیث اوّل کردیم این حدیث مساوق و مرادف با روایت نبوی دیگر است که حضرت فرموده: **لاطلاق الاّ فیما یملک ولا**

---

(۱) سنن ترمذی، ج۳، ص۵۳۴، باب ۱۹، حدیث۱۳۳۲.

عتق الاّ فیما یملک ولا بیع الاّ فیما یملک[1] و محلّ شاهد همین جملهٔ اخیر است یعنی نسبت به چیزی که انسان مالک آن چیز نیست اصلاً بیع محقّق نمی شود، حال یا منظور نفی جنس است که این اصلاً بیع نیست تا منشأ اثر باشد و یا منظور نفی صحّت است یعنی چنین بیعی صحیح نیست. وهو المطلوب،

روایت سوّم: باز حدیث نبوی اوّل مساوق و هم سیاق با توقیع شریفی است که از امام عسکری علیه‌السلام به صفّار صادر شده و در آنجا فرموده: لایجوز بیع ما لیس یملک[2] یعنی بیع چیزی که انسان مالک آن نیست نافذ هم نیست و یا لایجوز یعنی جایز نیست و حرام است و ارشاد به بطلان می باشد.

روایت چهارم: از حمیری از امام زمان عجل الله فرجه الشریف: امام علیه‌السلام در جواب برخی از سئوالات حمیری چنین مرقوم فرموده اند: ابتیاع ضیعه و باغ جایز نیست مگر از مالک آن خریداری کنی یا به امر مالک باشد و یا با احراز رضایت مالک باشد، پس اگر هیچکدام نبود شراء نافذ نیست[3].

روایت پنجم: حدیث صحیح از محمدبن قاسم بن فضل: مردی از خانمی از بنی عبّاس [که قطعه های زمینهای مرغوبی را خلفاء بنی عباس در اختیار او گذاشته بودند] برخی از این قطائع را خریداری کرد و در قولنامه نوشته شد که: پولش را پرداخته است در حالی که هنوز نپرداخته، آیا چنین مردی باید ثمن را به آن زن بدهد یا خیر؟

حضرت فرمود: خیر شدیداً باید امتناع کند و حق ندارد به او بپردازد چرا که آن زن مالی را که مالکش نیست فروخته است، یعنی مال امام علیه‌السلام را فروخته و

---

(۱) مستدرك الوسائل، ج۳، ص۵، باب ۱۲، حدیث۵؛ و وسائل الشیعه، ج۱۵، باب۱۲، من ابواب مقدمات الطلاق، روایات باب.

(۲) وسائل الشیعه، ج۱۲، ص۲۵۲، باب۲، حدیث۱.

(۳) وسائل الشیعه، ج۱۲، ص۲۵۰، باب اوّل حدیث۸.

فضولی است و بیع صحیح نخواهد بود.[۱]

روایت ششم: صحیح محمدبن مسلم: این حدیث راجع به زمینی است که در دهانهٔ رود نیل بوده و مردی آن را خریداری کرده بود و اهل آن سرزمین مدّعی بودند که این زمین مال ما است و اهل اُستان [نام منطقه ای بوده که دارای چهار شهر بوده] می گفتند: این زمین از اراضی ما است، چه باید کرد؟

امام علیه السلام فرمود: لاتشترها الاّ برضا اهلها، یعنی بدون رضایت صاحبان زمین خریداری نکن و این شراء تو بی فایده است که ارشاد به فساد است.[۲]

قوله: والجواب:

مرحوم شیخ از همهٔ این روایات جواب می دهند:

امّا از روایت نبویِ اوّل «لاتبع ما لیس عندك»: مستدل گفت: این نهی چون به ذات معامله بار شده ارشاد به فساد است، و «ما لیس عندك» هم کنایه است از عدم سلطنت بر مال، و معنای حدیث اینست که: بیع مالی که بر او سلطنت نداری باطل است.

آنگاه به صورت قیاس منطقی می گوئیم:

بیع فضولی از مصادیقِ بیع ما لیس عندك است «صغری»

و بیع ما لیس عندك باطل است «کبری»

پس بیع فضولی باطل است. «نتیجه»

مرحوم شیخ در مقام جواب ابتدا دو نکتهٔ دیگر را اضافه می کنند:

۱ـ مراد از موصول «ما» چیست؟ قطعاً مراد مال و متاع است، ولی متاع یا مبیع دو گونه است:

الف: عین شخصی و جزئیِ حقیقیِ خارجی: مثل این کتاب معیّن، آن ماشین

---

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۲، ص۲۴۹، حدیث۵.

(۲) وسائل الشیعه، ج۱۲، ص۲۴۹، حدیث سوّم.

مشخّص و ... .

ب: مبیع کلّی و قابل صدق بر کثیرین: مثل صد من گندم، هزار کتاب مکاسب و ... .

حال منظور از ماء موصول عین خارجی و شخصی است نه مبیع کلّی زیرا که هم اجماع و هم نصوص[1] دلالت دارند که بیع کلّی جایز است و لازم نیست بر آن سلطنت داشته باشد بلکه اگر این کلّی فعلاً در خارج هیچ مصداق هم نداشته باشد بیع صحیح است و به ذمّه می آید. و چنین بیعی باطل نیست تا مشمول حدیث نبوی باشد، پس مراد مبیع شخصی است.

۲ـ مراد از بیع چیست؟ بیع مال مردم دوگونه است:

الف: گاهی برای خود مالک اصلی می فروشد.

ب: و گاهی مال غیر را برای خودش می فروشد.

حال منظور از بیع در حدیث بیع لنفسه است یعنی مال مردم را برای خودش بفروشد و شاهد مطلب هم ظاهر خود کلمهٔ لاتبع ما لیس عندك است که ظهور در بیع لنفسه دارد، و هم سئوال حکیم بن حزام از بیع لنفسه بوده [چون کارش این بوده که متاع دیگران را برای خود می فروخت و بعد می رفت از مالک اصلی خریداری می کرد و به مشتری می داد.] و جواب هم باید برطبق سئوال باشد پس نبّی اکرم از بیع مال غیرلنفسه نهی کرده اند.

حال که این مطالب روشن شد، از نبویِ اوّل دو جواب می دهیم:

۱ـ مراد از بیعی که متعلّق نهی واقع شده [و پیامبر ﷺ فرموده: لاتبع ...] چیست؟ دو احتمال وجود دارد:

الف: منظور مجرّد انشاء بیع و اجراء صیغه باشد یعنی نسبت به مال مردم حق نداری حتی انشاء عقد کرده و بر آن صیغه جاری کنی و بگوئی و ابراز کنی:

---

(۱) در حاشیهٔ مرحوم سیّد، ص۱۳۹ در این رابطه چندین روایت آورده.

بعت ... صرف انشاء صیغه باطل و ممنوع است چه بدنبال آن مالک اصلی اجازه بدهد یا نه، طبق این احتمال حدیث مذکور بر بطلان بیع فضولی لنفسه دلالت دارد و مفادش آنست که: چنین فضولی ای مثل صبی و مجنون مسلوب العباره است و هیچ اثری بر عبارت او مترتب نیست و وقتی وجودش کالعدم شد قهراً لحوق اجازه و تأثیر آن هم معنی نخواهد داشت.

ب: منظور این باشد که: آنگونه که ماعندك وملک خودت را معامله می کنی که تو منجّزاً و جزماً می فروشی و مشتری هم منجّزاً می خرد و منتظر اجازهٔ کسی نیست، و از اوّل عقد شما مؤثر است و اثر مقصود که ملکیّت است بر آن مترتب است، نسبت به مالیس عندك و مالی که ملک تو نیست اینگونه معامله نکن و اثر مقصود بر آن مترتّب نیست، و معامله برای تو واقع نمی شود، ولی این منافاتی ندارد با آنکه معاملهٔ فضولی قابلیّت لحوق اجازه را داشته باشد و با اجازهٔ بعدیِ مالک اصلی برای او واقع شود و این مطلب را روایت منع و ردّ نکرد و ادلّهٔ صحّتِ بیع فضولی آن را شامل است.

مرحوم شیخ می فرماید: علاّمه هم در تذکره همینطور معنی کرده و فرموده: منظور اینست که: تو حق نداری ملک دیگران را بطور تنجیزی برای خود بفروشی و سپس از مالکین خریداری کرده و به مشتری تحویل دهی.

و علاّمه ره شاهدی بر این معنی اقامه کرده و آن سئوال حکیم بن حزام است که از بیع مال مردم لنفسه پرسیده بود و جواب هم طبق سئوال باید باشد، و البته چنین بیعی باطل است و دلیل مطلب هم عبارتست از: نفی خلاف و نهی مذکور در نبوی و مسئلهٔ غرر و اینکه بیع مذکور غرری است زیرا فروشنده یقین ندارد که مالک اصلی به او خواهد فروخت و او قدرت بر تسلیم پیدا خواهد کرد، پس پیشاپیش فروختن آن به دیگری کلاه برداری و گول زدن است.

سپس مرحوم شیخ می فرماید: دو روایت دیگر هم داریم که قبلاً در مبحث

معاطات گذشت و بعداً در مسئله من باع شیئاً ثم ملکه فاجازه خواهد آمد و آندو عبارتند از:

الف: روایت خالدبن حجّاج: الرجل یجیئنی ویقول اشترلی هذاالثوب واربحك كذا وكذا فقال الیس ان شاء اخذ وان شاء ترك؟ قلت: بلی، قال لاباس انّما یحلّل الکلام ویحرّم الکلام[1].

ب: روایت یحیی بن حجّاج: عن رجل قال لی اشترلی هذاالثوب او هذه الدّابة وبعنیها اربحك كذا وكذا قال: لاباس بذلك اشترها ولاتواجبه البیع قبل ان تستوجبها او تشتریها[2].

حال منظور از این دو روایت هم همان است که: قبل از خریدن پارچه حق نداری منجزّاً به دیگری بفروشی و بر این بیع اثر مقصود مترتب نمی شود ولی منافاتی ندارد که با اجازهٔ مالک برای مالک واقع شود.

و در پایان هم می فرماید: همین معنای دوّم اظهر است و متبادر به ذهن از این تعبیرات همین است که مثل مال خودت با مال دیگران رفتار نکن و معاملهٔ تنجیزی انشاء نکن و اثر مقصودبار نیست، و قرینهٔ سئوال سائل هم مؤیّد این معنی است، و این معنی که منکر ندارد و کلام در صحّت فضولی برای مالک اصلی آنهم پس از اجازهٔ مالک است.

۲ـ قوله: و ثانیاً:

بر فرض حدیث نبوی عموم و اطلاق داشته باشد و منظور این باشد که: بیع مالیس عنده کلاً باطل است و چه بعداً اجازه بکند یا نه فایده ای ندارد و برای مالک واقع نمی شود. ولی ادلّهٔ صحّت بیع فضولی [هفت دلیل و شش مؤیّد] از این حیث اخصّ هستند و خصوص صورت اجازهٔ مالک را شامل می شوند و دلالت

---

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۲، ص۳۷۶، باب۸ من ابواب احکام العقود حدیث۳.

(۲) وسائل الشیعه، ج۱۲، ص۳۷۸، باب ۸، حدیث۱۳.

می کنند که این بیع برای مالک اصلی با اجازهٔ او واقع می شود و این مضمون نسبت به آن مفاد اخصّ است و موجب تخصیص حدیث نبوی می گردد.

قوله: وبما ذکرنا:

از نبوی دوّم هم که فرمود: لابیع الاّ فیما یملک یا فی ملک ... همین دو جواب را می دهیم که از نبویِ اوّل دادیم و نیاز به تکرار نیست فقطً باید بدانیم که لا در لابیع نفی جنس است ولِی در اینجا مراد نفی جنس نیست چون قطعاً بر بیع فضولی بیع اطلاق می شود، پس مراد نفی صحّت است یعنی بیع کذائی صحیح نیست یعنی اثر مقصود بر آن بار نمی شود ولامنافاة که قابل لحوق اجازه باشد.

قوله: وامّا الروایتان:

جواب از دو روایت خالد و یحیی هم همین است یعنی منظور اینست که: قبل از اینکه از صاحب اصلی پارچه را خریداری کنی به دیگری نفروش به بیع تنجیزی و حتمی و این بیع باطل است یعنی برای تو واقع نمی شود و اثر مقصود بار نمی شود و این منافاتی ندارد با اینکه با اجازهٔ مالک برای مالک اصلی واقع شود.

قوله: وامّا الحصر:

جواب از دو روایت دیگر: [صحیحهٔ محمدبن مسلم که داشت: لاتشترها الاّ برضا اهلها وتوقیع امام عصر عجل اللّه فرجه الشریف به حمیری که فرمود: لایجوز ابتیاعها الاّ عن مالکها او بامره او رضاه] در این دو حدیث لا والاّ مفید حصر است و هر دو از یک وادی هستند و دو برداشت ممکن است:

۱ـ منظور این باشد که منحصراً باید خرید و فروش با رضایت مالک اصلی باشد در قبال اینکه اصلاً رضایتی نباشد نه طیب نفس سابق و نه لاحق.

۲ـ منظور این باشد که منحصراً باید رضای سابق باشد در قبال نبود رضایت و در قبال وجود رضایت بعدی که هیچکدام کافی نیست. تردیدی نیست که برداشت اوّل از حدیث صحیح است و منظور این است که معامله بدون

طیب نفس مالک صحیح نیست و حتماً باید با رضایت طیب نفس باشد امّا اینکه حتماً طیب نفس سابق باشد لازم نیست بلکه مطلق رضایت ولو لاحقاً کفایت می کند. پس این دو حدیث هم به ضرر ما نیست. و بر فرض منظور این باشد که اگر رضایت سابق نبود فائده ای ندارد چه رضایت لاحق باشد یا نباشد، می گوئیم: این دو روایت از این حیث اعمّ هستند و با خصوصات ادّلهٔ صحّت مقیّد می شوند.

قوله: وامّا روایة:

جواب از روایت قاسم بن فضل: از این روایت فقط استفاده می شود که ثمن را نباید به فضولی تحویل داد و این مقدار مسلّم است و قبلاً هم گفته آمد که بر فرض صحّتِ بیع فضولی، قبض و اقباض جایز نیست ولی از هیچ جای روایت فهمیده نمی شود که اصل معاملهٔ فضولی از ریشه باطل باشد.

قوله: وامّا توقیع:

جواب از روایت امام عسکری علیه‌السلام: منظور امام از لایجوز بیع مالایملک ... عدم نفوذ و عدم صحّت از ریشه و اساس نیست که کلاً نافذ نباشد بلکه منظور اینست که: بیع فضولی آن نفوذ بر وجه وجوب و لزوم را ندارد که مفید لزوم باشد و مثل بیع مالک باشد، و این را ما هم قبول داریم، و منافاتی با اصل صحّت بیع فضولی و توقّف آن بر اجازه ندارد.

سئوال: از کجا شما لایجوز را به معنای لایجب ولایلزم گرفتید؟

جواب: از اینجا که در فراز بعدی امام علیه‌السلام فرموده: ووجب البیع فیما یملک یعنی نسبت به مایَملک بیع واجب است و وجب در مقابل لایجوز قرار گرفته و این قرینه است که مراد از لایجوز، لایجب باشد ... که به ضرر ما تمام نمی شود.

وبالجمله: انصاف اینست که هیچکدام از اخبار مذکور دلیل بر بطلان بیع

فضولی از اصل و اساس نیستند و حداکثر مفادشان اینست که: معامله برای خود بایع و عاقد واقع نمی شود، و امّا اینکه برای مالک اصلی هم واقع نشود [آنهم با اجازهٔ مالک] از روایات فهمیده نمی شود. پس اخبار هم منافیِ صحّتِ بیع فضولی نیست.

دلیل سوّم یا اجماع:

گروهی از فقهاء بر بطلان بیع فضولی ادّعای اجماع کرده اند:

یکی از مدّعیان اجماع جناب شیخ طوسی در کتاب خلاف است که فرموده: بیع فضولی باطل است و دلیلنا اجماع الفرقه، البته خود ایشان اقرار و اعتراف کرده به اینکه: مختار گروهی از فقهاء امامیّه صحّت بیع فضولی است. [قهراً جا دارد کسی از ایشان بپرسد: پس چرا ادّعای اجماع کردید؟ شما که خبر داشتید که عدّه ای مخالفند چگونه دعوای اجماع کردید؟ شیخ عذر و بهانهٔ خود را در این ادّعای اجماع با وجود مخالف چنین بازگو کرده:

ولی مخالفت این عدّه قادح نیست و لطمه ای به ارزشمندیِ اجماع نمی زند، و قابل اعتناء نیست[1] [یا از باب اینکه بر مسلک خود شیخ اینَ عدّه عصرشان منقرض شده و مخالفت آنان به اجماع اهل العصر لطمه نمی زند، و یا از باب اینکه بر مسلک سیّد مرتضی این عدّه معلوم النسب هستند و مخالفت یک یا چند نفر معلوم النسب قادح نیست.]

یکی دیگر از مدّعیان اجماع جناب سیّد بن زهره در کتاب غنیه است[2].

سوّمین مدّعیِ اجماع جناب ابن ادریس حلّی در کتاب سرائر در باب مضاربه است: وی در باب مضاربه فرعی را عنوان کرده و آن اینکه: شخصی غاصب

---

(۱) الینابیع الفقهیه، ج۳۵، ص۱۱۴، بخش کتاب الخلاف مسئله ۲۷۵.
(۲) غنیة النزوع اوّل کتاب البیع.

است و اموال زیادی را از دیگران به زور و ناحق غصب کرده و در اختیار دارد، چنین کسی متاعی را از شخصی خریداری می کند، اگر این شراء به ثمن کلّی و به ذمّه باشد معامله صحیح است ولی تفریغ ذمّه به مال غصبی درست نیست. ولی اگر عین مغصوبه و شخص اموال غصبی را ثمن قرار دهد و با اینها متاعی را خریداری کند، شرائش فضولی است [با مال غیرمتاعی را برای خود خریده] و ابن ادریس فرموده: لاخلاف در بطلان چنین شرائی[1].

[البته مورد بحث ما در بیع فضولی است و مورد ادّعای اجماع ابن ادریس شراء غاصب و فضولی است و گروهی میان بیع و شراء تفصیل داده اند، و نیز بحث ما در معامله برای خود مالک است و مورد کلام ابن ادریس در شراء لنفسه است که مسئلهٔ ثالثه است حال برای اینکه این کلام متناسب با مانحن فیه باشد باید دو مطلب را مسلّم بگیریم:

۱ـ فرقی میان بیع و شراء نباشد.

۲ ـ فرقی میان معامله لغیره و معامله لنفسه نباشد وگرنه فرع مذکور در کلام حلّی ره ربطی به ما نخواهد داشت.]

قوله: والجواب:

مرحوم شیخ در جواب می فرمایند: ما نه تنها یقین یا اطمینان به وجود اجماع مذکور نداریم بلکه حتّی ظنّ به اجماع هم نداریم و بلکه چه بسا ظنّ به عدم این اجماع داریم زیرا با توجّه به اینکه در اوّل مسئلهٔ اولی گفتیم:

معظم فقهاء متقدم و متأخر طرفدار صحّت بیع فضولی هستند، و حتّی خود شیخ طوسی که در خلاف ادّعای اجماع می کرد در کتاب نهایه که ظاهراً آخرین کتاب ایشان بوده صریحاً فتوی به صحتِ بیع فضولی داده[2] و تنها گروهی از

(۱) السرائر، ج۲، ص۴۱۵.
(۲) النهایة، ص۳۸۵، باب الشرط فی العقود.

متأخر المتأخرین از قبیل: فخرالمحققّین و مقدس اردبیلی و میرداماد و صاحب حدائق و محدث جزائری و علاّمه طباطبائی و ... فتوی به بطلان داده اند، حال با وجود اینهمه مخالفتها از اکثر قدماء و متأخرین چگونه جرأت نموده و ادّعای اجماع نمائیم؟! پس اجماعی در بین نیست.

دلیل چهارم یا حکم عقل:

دلیل چهارم از ادلّهٔ بطلان بیع فضولی آنست که: عقل و نقل هر دو متفق القول و هماهنگ می گویند: تصرّف در مال دیگری بدون اذن مالک قبیح [عقلاً] و حرام [شرعاً] است:

امّا عقل: تصرّف مذکور ظلم و تعدّی و تجاوز به حدود حریم سلطنت مالک است و ظلم عقلاً قبیح است.

و امّا نقل: در توقیع شریفی که مرحوم طبرسی در احتجاج آورده می خوانیم:

لایجوز لاحد ان یتصرّف فی مال غیره الاّ باذنه(۱)

سئوال: اگر کسی بدون اذن و رضایت مالک در مال او تصرّف کرد و کار قبیح و حرامی انجام داد ولی بعداً مالک اصلی راضی شد، آیا این رضایت لاحق آن قبح و حرمت سابق و در حال تصرّف را از بین می برد؟

جواب: خیر از بین نمی برد، لانّ الشیئی لاینقلب عمّا وقع علیه، و امکان ندارد که رضای لاحق بتواند در قبح و حرمت سابق تأثیر گذاشته و آن را از قبیح و حرام بودن درآورد، پس با رضایت بعدی هم کما کان این تصرّف قبیح و حرام است. پس یک کبرای کلّی را از عقل و شرع بدست آوردیم، و آن را بر مانحن فیه و بیع فضولی تطبیق کرده و به صورت قیاس شکل اوّل منطقی می گوئیم:

---

(۱) الاحتجاج للطبرسی، ج۲، ص۲۹۹.

بیع و عقد فضولی یکنوع تصرّف در مال غیر بدون اذن مالک است «صغری»

زیرا عرف این کار را دخالت در مال مردم می داند. و تصرّف در مال غیر بدون اذن مالک قبیح و حرام است «کبری».

پس بیع فضولی حرام و قبیح است «نتیجه»

و حرمت هم ملازم با فساد است «کبرای مرحلهٔ بعدی که صغرای آن همان نتیجهٔ مرحلهٔ قبل است» پس بیع فضولی فاسد و باطل است «نتیجهٔ نهائی» وهو مطلوب المستدّل.

قوله: والجواب:

مرحوم شیخ در مجموع از این استدلال پنج جواب می دهند:

۱ـ اصولاً صغرای مرحلهٔ اوّل را قبول نداریم، یعنی عقد فضولی و مجرّد انشاء و اجراء صیغهٔ عقد از سوی فضولی [آنهم با توقع و انتظار کشیدن اجازهٔ بعدیِ مالک اصلی و بدون اینکه قصد فضولی این باشد که اثر بر نفس عقدِ او بار شود و عقدش سبب مستّقل باشد بلکه عنان امر را بدست اجازهٔ مالک سپرده] شرعاً و عقلاً و عرفاً تصرّف در ملک غیرمحسوب نمی شود [فضولی که دست به ملک غیر نزده، آن را امساك نکرده، آن را جابجا نکرده، آن را به قبض نداده و ... تا تصرّف صدق کند.] آری در زبان خود تصرّف کرده و به زبان گفته: بعتک ... پس بیع فضولی موضوعاً از کبرای کلّی مذکور خارج است.

قوله: نعم:

اگر در موردی تمام مؤثر و علّت تامّهٔ نقل و انتقال خود عقد باشد [شرعاً وعرفاً یا عرفاً فقط] مثل عقد مالک اصلی که عندالمشهور سبب تامّ برای ملکیت وحصول اثر است، و مثل عقد غاصبی که ادّعای مالکیّت داشته و بدون انتظار و ترقّب اجازه و به نحو استقلال عقد می خواند که به عقیدهٔ خودش عقد او سبب تامّ است، در چنین فرضی قانون اینست که علّت تامّه از معلول و بالعکس

جدا شدنی نیست.

آنگاه هر حکمی معلول یعنی ترتّب اثر داشت علّت تامّه یعنی عقد هم خواهد داشت، اگر نقل و انتقال جایز بود عقد هم جایز است [کما فی عقد المالک] و اگر ترتّب اثر حرام بود عقد هم حرام است [کما فی الغاصب] [و اصولاً در معالم در مبحث مقدّمهٔ سببی خواندیم که: مسبّب بدون سبب حاصل نمی شود و هر حکمی برای مسبّب باشد در واقع برای سبب تامِّ آن است.] ولی مانحن فیه از این قسم نیست و ما عقد فضولی را سبب تامّ نمی دانیم بلکه علّت ناقصه و جزء المؤثر می دانیم که جزء دیگرش اجازهٔ مالک است.

۲ـ قوله: ثمّ:

بر فرض که مجرّد انشاء عقد فضولی هم نوعی تصرّف در ملک غیر بدون اذن مالک باشد، ولکن یقیناً چنین تصرّفات جزئی جایز و بلامانع است و عقل و عقلاء و شرع متفّق و هرکدام مستقل به جواز آن است، امّا عقلاً: چنین تصرّفی ظلم برمالک محسوب نمی شود تا حرام و قبیح باشد. و امّا شرعاً نمونه هائی داریم که این تصرّفهای جزئی را تجویز می کند:

الف: استضائه و طلب روشنائی به نور دیگری: شخصی چراغی روشن کرده و دیگری از نور آن استفاده می کند، در اینجا جلب رضایت صاحب چراغ لازم نیست.

ب: اصطلاء و طلب حرارت و گرما به نار دیگری شخصی آتش روشن کرده و دیگری دستی برآن دارد و از حرارت استفاده می کند باز عدم رضایت صاحب النار قادح نیست.

و از لحاظ عقلائی هم قبلاً در باب تصرّفات عبد گفته آمد که: سیرهٔ عقلاء برجواز برخی از تصرّفات جزئی است. پس این مقدار تصرّف حرام نیست تا مشمول حکم برای کلّی شود.

۳ـ قوله : مع انّه :

اشکال نقضی : فرض کلام می کنیم در موردی که فضولی یقین دارد که مالک اصلی به انشاء بیع راضی است و از قرائن حالیّه و مقالیّه بدست آورده که او طیب نفس دارد، آنگاه قبلاً گفته آمد که برمسلک شیخ اعظم فرض علم به رضایت از فضولی بودن خارج است ولی برمسلک مشهور بازهم فضولی است.

حال طبق این مبنا می گوئیم: ما موردی پیدا کردیم که بیع فضولی است و تصرف در ملک غیر است و معذلک حرام و قبیح نیست تا فاسد وِ باطل باشد و دلیل عدم حرمت هم احراز رضایت مالک است که حلیّت و حرمت تصرّف در مال دیگران در گرو رضایت و عدم رضایت مالک است.

٤ـ قوله : مع انّ :

از همهٔ جوابهای قبلی صرفنظر کرده و قبول کنیم که: بیع فضولی هم نوعی تصرّف و حرام و قبیح است ولکن کبرای مرحلهٔ دوّم را قبول نداریم یعنی می گوئیم: حرمت ملازم با فساد نیست، زیرا اگر نهی ارشادی باشد مقتضیِ فساد است ولی اگر تکلیفی و مولوی بود فقط دالّ برحرمت است و تکلیف را می رساند.

و در معاملات ملازمه ای میان حرمت و عقوبت با فساد و بطلان نیست. و اینجا نهی از تصرّف صد در صد تکلیفی است و مستلزم فساد نیست. پس حدّاکثر بیع فضولی حرام و عقاب آور است امّا فاسد نیست.

٥ـ قوله : مع انّه :

برفرض که بیع فضولی حرام و منهی باشد و نهی مذکور هم دالّ برفساد باشد ولی معنای فساد بیع فضولی آنست که: این بیع سبب تامّ و مستقل و مؤثر در صحّت نیست و مثل بیع مالک نیست که علّت تامّهٔ صحت باشد، ما هم این مقدار را قبول داریم و ما که می گوئیم: بیع فضولی صحیح است منظورمان اینست که:

با اجازهٔ بعدی صحیح است و خود عقد جزء سبب است نه سبب تامّ، به ویژه برمسلک ناقله بودن اجازه که جزء سبب بودن بیع و دخالت اجازه خیلی واضح است. پس سبب مستقل نبودن منافاتی با مدّعای ما ندارد.

قوله: وممّا ذکرنا:

بیان دیگر بربطلان بیع فضولی: اگر کسی فضولیّاً عقدی را برمال کسی انشاء کند و قصدش هم این باشد که: مستقلاً و مستقیماً برنفس این عقد اثر بار شود و نیازی به مراجعه به مالک نباشد چنین چیزی قبیح و حرام است، البته دو احتمال دارد:

۱ـ نفس این عقد قبیح و حرام باشد.

۲ـ قصدی که ضمن عقد داشته قبیح و حرام باشد.

استدلال بنابر احتمال اوّل است و می گویند: عقد مذکور حرام و قبیح است و اینها هم ملازم با فساد هستند، پس عقد مذکور فاسد است.

شیخ اعظم می فرماید: از مطالبی که در جواب دلیل عقلی دادیم جواب این سخن هم داده می شود، الکلام الکلام.

قوله: وقد یستدلّ:

مضافاً به ادلّهٔ اربعه که اهم ادلّهٔ قول به بطلان بود، به یک سلسله ادلّهٔ دیگری هم استدلال کرده اند که سست و باطل هستند، و قویترین آنها دو امر است که آورده و جواب می دهیم:

۱ـ از شروط صحّت معامله قدرت برتسلیم ثمن و مثمن است و فضولی چنین قدرتی ندارد پس بیعِ او فاقد شرط صحّت است، پس باطل است.

۲ـ اصولاً فضولی و مکره تنها قاصد لفظ هستند و قصد مدلول ندارند و در عقد قصد مدلول لازم است و از این حیث معاملهٔ آنها باطل است. [ادلّه دیگری هم دارند که مرحوم سیّد در حاشیه ص۱۴۰ نقل و نقد کرده است.]

مرحوم شیخ در جواب دلیل اوّل می فرماید:

اوّلاً: گاهی فضولی هم قدرت برتسلیم پیدا می کند، به اینکه از مالک اصلی اجازه بگیرد و رضایت او را جلب کند و سپس مبیع را به مشتری بدهد. و ثانیاً اصولاً قدرت برتسلیم در فضولی شرط نیست، آنچه شرط است قدرت برتسلیم از سوی مالک اصلی است که با اجازهٔ بیع واجد شرط است و فضولی فقط عاقد و موجب است و چیزی دیگری در او معتبر نیست.

ودر جواب از امر ثانی می فرماید: قبلاً در مسئلهٔ اختیار و اکراه مبسوطاً گذشت که: آن مقدار قصدی که در مقام انشاء لازم است [قصد مدلول به نحو جدّی و ...] در فضولی و مکره هم هست و از این حیث کمبودی ندارند.

و شاهد مطلب اینکه: فقهاء بالاجماع فرموده اند: نکاح فضولی با اجازهٔ بعدی صحیح است و لا شک در اینکه اگر قصد مدلول نبود و صرف لقلقهٔ لسان بود با اجازهٔ بعدی هم صحیح نبود. و نیز بالاجماع بیع مکره به حقّ صحیح است و اگر قصد نبود که صحیح نبود.

اگر شما بفرمائید: بیع مکره به حق تعبّداً و به حکم اجماع خارج شده است و با فقد قصد هم صحیح است.

خواهیم گفت: هو کما تری یعنی حرف باطل است و در معاملات تعبّد نداریم، بلکه علی القاعده است و چون قصد مدلول دارد صحیح است، آری طیب نفس ندارد ولی به دلیل خاص در بیع مکره به حق طیب نفس لازم نیست.

(مسئلهٔ دوّم)

مسئلهٔ دوّم از مجموع سه مسئلهٔ بیع فضولی در بارهٔ اینست که: فضولی برای مالک اصلی متاعی را خریداری می کند، یا از ناحیهٔ او متاعی را می فروشد ولی پیشاپیش مالک اصلی او را از این کار منع و نهی کرده و به او گفته است که: حق نداری ملک مرا بفروشی و ... آیا این بیع فضولی صحیح است یا باطل؟ مشهور فقهاء برآنند که: همانطوریکه بیع فضولی بدون منع سابق [مسئله اولی] صحیح بود و با اجازهٔ مالک اصلی برای او واقع می شد هکذا بیع فضولی با منع سابق هم صحیح است یعنی با اجازهٔ مالک برای او واقع می شود. ولی از برخی تعبیرات تلویحاً یا تصریحاً یا ظهوراً استفاده می شود که: شرط صحّت بیع فضولی آنست که: منع سابقی در میان نباشد وگرنه باطل است:

یکی از عبارات عبارت فخر المحقّقین است، وی خودش بیع فضولی را مطلقاً باطل می داند، ولی از زبان مجوّزین و قائلین به صحّت اینگونه نقل کرده: برخی از مجوّزین بیع فضولی می گویند: درصحت بیع فضولی عدم سبق نهی و منعِ مالک شرط است پس اگر منع سابق در کار بود حتماً باطل است.

یکی دیگر از عبارات عبارت علاّمه در تذکره در باب نکاح است، ایشان

حدیثی از نبیّ اکرم آورده که فرموده: هر عبدی که بدون اذن مولایش ازدواج کند زانی است[۱] [و این جمله اطلاق دارد یعنی چه اجازهٔ لا حق بیاید و چه نیاید نکاح باطل است. از طرفی هم روایاتی داریم که نکاح فضولی عبد باطل نیست بلکه موقوف به اجازهٔ مولی است فَانْ اَجازَ جاز[۲]

و به نظر می آید که ایندودسته اخبار متنافیان هستند، علاّمه در مقام جمع بینهما اوّل فرموده:] این حدیث عامی و ضعیف السند است سپس فرموده برفرض قبول سند آن را توجیه کرده و برفرض منع سابقِ مولی حمل می کنیم و می گوئیم: بطلان نکاح مال فرضی است که مولی سابقاً نَهی کرده باشد [و اخبار مجوّزه را برصورت عدم منع سابق حمل می کنیم.]

این حمل تلوحیاً می رساند که نظر علاّمه این باشد که: با منع سابق نکاح فضولی باطل است و چون وی میان باب نکاح و باب بیع فرقی قائل نیست می گوئیم: پس در بیع فضولی هم منع سابق قادح است.

یکی دیگر از عبارات محقّق ثانی در جامع المقاصد است: وی فرموده: بیع غاصب فاسد و باطل است نظر به اینکه در مورد این بیع قرینه برعدم رضایت مالک و برکراهت باطنیِ او وجود دارد و آن غصبیّت است و اگر راضی بود که غصب اطلاق نمی شد، پس مالک اصلی کراهت باطنی دارد و لذا بیع غاصب باطل است.[۳]

حال همین مناط در ما نحن فیه هم هست یعنی مالک اصلی با نهی و منع سابق قلباً راضی نیست و کراهت نفسانی دارد و قرینه اش همین نهی سابق است و وقتی کاره بود باید بیع او باطل باشد.

---

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۴، ص۵۲۴، حدیث۳.
(۲) وسائل الشیعه، ج۱۴، ص۵۲۳، حدیث الاوّل، باب ۲۴.
(۳) جامع المقاصد، ج۴، ص۶۹.

قوله وکیف کان:

برای قول به بطلان بیع فضولی در فرض منعِ سابق حدّاکثر به دو دلیل استدلال شده:

۱ـ گفته اند: مستند و مدركِ صحّت بیع فضولی حدیث عروهٔ بارقی است، اینهم مورد مسئلهٔ ثانیه را شامل نیست و جائی را که منع سابق نباشد و بلکه علم به رضایت باطنی باشد شامل است پس موردی که منع سابق دارد مشمول این حدیث نیست، دلیل دیگر هم که نداریم، شک هم بکنیم به اصالة الفساد که اصل اوّلی در معاملات است تمسّک می کنیم.

۲ـ گفته اند: وقتی مالک اصلی پیش از معامله فضولی را از این کار منع کرده علی القاعده و معمولاً پس از معامله هم تا مدّتی این منع و عدم رضایت محفوظ است و حدّاقل یک آن و یک لحظه کراهتِ باطنی دارد، آنگاه بحثی است که آیا مجرّد کراهت باطنی هم ردّ معامله محسوبَ می شود و همین مقدار کافی است؟ یا خیر کفایت نمی کند و باید قولاً یا فعلاً ردّ و کراهت باطنی را اظهار کند؟

استدلال برمبنای اوّل است، بنابر کفایت کراهت باطنی می گوئیم: مالک اصلی یک آن کراهت داشت و همین ردّ معامله محسوب می شود، آنگاه اجازهٔ بعدی بالاجماع فائده ای ندارد زیرا مسبوق به ردّ است، و معنای بطلان بیع هم همین است که با اجازهٔ لاحق هم درست شدنی نیست.

شاهد برکفایت کراهت باطنی: اگر وکیلی مدّعیِ وکالت است و می گوید: من به وکالت برای شما متاعی را خریده ام و موکّل او وکالت را منکر است و می گوید: شما وکیل من نیستی و من اذن در شراء نداده ام و علی القاعده چون منکر است باید قسم بخورد، آنگاه فقهاء فرموده اند: اگر موکّل برنفی اذن قسم خورد عقد شراء خود به خود فسخ و باطل می شود، چرا که قسم برعدم اذن کاشف از کراهت باطنی و اماره برعدم رضایت باطنی است و همینکه کراهت

باطنی احراز شد کافی است که معامله باطل شود.

قوله: ولکن الاقوی:

نظر مرحوم شیخ اینست که: در مسئلهٔ ثانیه هم بیع فضولی با اجازهٔ بعدی صحیح است و برای مالک اصلی واقع می شود و از هر دو دلیل قول به بطلان جواب می دهند:

امّا از دلیل اوّل: به پنج بیان جواب می دهند:

۱ـ اساساً ادلّهٔ صحّتِ بیع فضولی در روایت عروهٔ بارقی خلاصه نمی شود تا شما بفرمائید: این روایت مسئله ثانیه را شامل نیست و مخصوص صورتی است که منع سابق نداشته باشد، بلکه ادلّهٔ دیگر هم داشتیم و عمدهٔ آنها عمومات و اطلاقات بود که بر صحّت بیع فضولی دلالت می کردند و این اطلاقها و عمومها مسئله ثانیه و صورت سبق منع را نیز شامل می شوند.

۲ـ در روایت محمد بن قیس امام علی عليه‌السلام استفصال نکرد و نپرسید که فرزند مولی که کنیز پدر را فروخت آیا منع سابق داشت یا نداشت، و به قول مطلق فرمود: با اجازهٔ مولای کنیز معامله صحیح است و ترك استفصال مفید عموم است.

۳ـ فحوای ادلّهٔ نکاح: ادلّهٔ نکاحِ عبد بدون اذن سیّد دلالت داشت که: با اجازهٔ بعدیِ مولی این نکاح صحیح است.

[**سئوال**: بحث ما در سبق منع است و از کجا آن ادلّه این فرض را دلالت می کنند؟

جواب: از اینجا که یا عدم اذن اطلاق دارد یعنی اذن نبوده چه عدم علم به اذن باشد و چه منع و نهی سابق باشد، و یا قرنیهٔ حالیّه در میان است که معمولاً موالی عبیدشان را از این کار منع می کنند و راضی به این کار نیستند.] و وقتی نکاح فضولی با منع سابق صحیح شد پس بیع فضولی به طریق اولی صحیح است.

[البته سابقاً مرحوم شیخ براستدلال به فحوی اعتراض کردند ولی اینجا خودشان بدان استدلال کرده اند.]

۴ـ روایاتی که می گوید: نکاح عبد با اجازهٔ مولی صحیح است تصریح دارند به اینکه معصیت مولی قادح نیست، و این معصیت یا منظور اینست که نفس عدم اذن را هم شامل است و یا قدر مسلّم نهی سابق اگر باشد معصیت صدق می کند. پس با معصیت مولی هم اگر بعداً راضی شد و اجازه کرد صحیح است والعلّة تعمّم پس بیع فضولی هم با منع سابق صحیح است اگر اجازهٔ لاحق بیاید.

۵ـ مؤیّداتی که برصحّت بیع فضولی آوردیم [هفت مؤید] در مسئله ثانیه هم جاری و ساری هستند منجمله اخبار اتّجار غیر ولّی به مال یتیم اطلاق داشت و فرض عدم نهی سابق و یا وجود نهی سابق هردو را شامل بود. و نیز بیع مال مغصوب [در مورد روایت محمّد بن قیس که ولد غاصب بود] هم که با اجازهٔ بعدی صحیح بود اطلاق داشت، و برخی از مؤیدات در مورد منع سابق بود مثل عامل مضارب که صاحب او را از اشتراء متاع خاص منع کرده بود و معذلک او خریده بود و با وجود منع سابق امام عليه‌السلام حکم به بطلان نکرد بلکه فرمود: هو ضامن والربح بینهما ...

قوله: وامّا ما ذکره:

جواب از دلیل دوّمِ قول به بطلان: اینکه گفتید معمولاً یک آن پس از معامله هم کراهت باطنی باقی است و نفس این ردّ محسوب می شود، می گوئیم: هیچ دلیلی نداریم که نفس کراهت باطنی ردّ باشد و اجازهٔ پس از آن مفید نباشد.

وامّا شاهدی که آوردید:

اوّلاً: اصل مطلب را قبول نداریم زیرا گاهی غرض از قسم خوردن نفی وکالت است و نه انفساخ عقد.

ثانیاً: برفرض که: قسم موجب بطلان شود می گوئیم: خود این قسم

خوردن اظهار ردّ و کراهت باطنی است و ردّ قولی است از این حیث مُبطل است و بحث ما در کراهت باطنی است.

قوله: و ممّا ذکرنا:

از مطالبی که آوردیم مطلب دیگری معلوم می شود و آن اینکه: بیع مکره با اجازهٔ لاحق صحیح است و اگر مجرّد کراهت باطنی ردّ بیع بود در مورد مکره هم هست پس باید اجازهٔ او مؤثر نباشد در حالی که مؤثر است پس کراهت باطنی ردّ محسوب نمی شود.

(پایان جلد پنجم)

فهرست مطالب

مقبوض به عقد فاسد

فرع اول: ضمان

فرع دوم: وجوب ردّ فوری در حرمت امساك

فرع سوم: منافع مستوفات و غیر مستوفات

فرع چهارم: مثلی و غیبی

فرع پنجم

فرع ششم

فرع هفتم: ضمان قیمیات

بدل حیلوله

شروط متعاقدین

شرط اول و دوم : بلوغ و عقل

شرط سوم: قصد

شرط چهارم: تعیین مالکها

شرط پنجم: اختیار متعاقدین

شرط ششم: متقاعدین حریت است

شرط هفتم : مالک یا مأذون بودن متقاعدین